

Pedro Fauth Manhães Miranda
(Organizador)



○ **DIREITO**
nas **INTERSECÇÕES**
entre o **FÁTICO**
e o **NORMATIVO**
2



AYA EDITORA
2022

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Organizador

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Produção Editorial

AYA Editora

Capa

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Revisão

Os Autores

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicada

Conselho Editorial

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.ª Dr.ª Claudia Flores Rodrigues

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

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.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

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.º Me. José Henrique de Goes

Centro Universitário Santa Amélia

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 Me. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Pauapebas*

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 Ma. 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 Tânia do Carmo

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

Prof.º Dr. Valdoir Pedro Wathier

*Fundo Nacional de Desenvolvimento Educacional,
FNDE*

© 2022 - 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 a opinião desta editora.

D59896 O Direito nas intersecções entre o fático e o normativo [recurso eletrônico]. / Pedro Fauth Manhães Miranda (organizador) -- Ponta Grossa: Aya, 2022. 355 p. v. 2.

Inclui biografia
Inclui índice
Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
ISBN: 978-65-5379-013-1
DOI: 10.47573/aya.5379.2.60

1. Direito. 2 Responsabilidade (Direito). 3. Violência contra as mulheres - Legislação – Brasil. 4. Mulheres – Crimes contra. 5. Processo administrativo. 6. Poder disciplinar. 7. Política econômica. 8. Liberdade. 9. Urbanização – Brasil. 10. Política urbana – Brasil. 11. Direito à moradia – Brasil. 12. Direito empresarial – Brasil. 13. Teletrabalho. 14. Direito do trabalho – Brasil – História. 15. Responsabilidade social da empresa. 16. Vacinação. 17. Criminosos – Reabilitação – Brasil. 18. Ressocialização – Brasil. 19. Tribunal Penal Internacional. I. Miranda, Pedro Fauth Manhães. II. Título

CDD: 340.07

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

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora EIRELI

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

Inspirações Do Common Law na responsabilidade civil brasileira: a aplicabilidade dos danos punitivos no ordenamento jurídico civil brasileiro 13

Thiago Elias dos Santos Prado

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.1

02

Programa Sinal Vermelho, violência psicológica e formulário de avaliação de risco FRIDA: uma análise sobre a atuação repressiva estatal e o desenvolvimento de políticas públicas referentes à Lei Maria da Penha 38

Vivian Paes Galvani

Mareli Eliane Graupe

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.2

03

A importância do advogado no processo administrativo disciplinar— PAD: uma breve análise sobre a relevância da defesa técnica como forma de paridade entre a administração pública e o investigado..... 49

Elane Ferreira Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.3

04

Federalismo, relação de consumo e liberdade econômica: o embate hermenêutico na jurisdição constitucional, sobre o poder legislador dos estados

em matéria de direito civil e direito comercial 62

Gustavo Henrique Vieira Bezamat

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.4

05

Execução penal antecipada sob a ótica do princípio de presunção de inocência e dos efeitos da incorporação do pacto de São José da Costa Rica em nosso ordenamento pátrio 81

Benedito Silva Junior

Camila Cardoso Lima

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.5

06

REURB: Instituto jurídico de garantia ao direito social de moradia 96

Murilo Lima Nogueira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.5

07

Registro de marca: apresentação da empresa Liza Santos Estética Facial 110

Eliane Marli de Sousa

Alissane Lia Tasca da Silveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.7

08

Teletrabalho: nova modalidade de trabalho com a reforma trabalhista 144

Waldineth Paula Gomes da Silva

Juliano Sguizardi

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.8

09

Breve histórico e evolução dos direitos trabalhistas no Brasil 156

André Siebeneichler

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.9

10

A lenta valorização do trabalho humano 163

André Siebeneichler

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.10

11

Compliance empresarial e responsabilidade social .. 171

Alan Ricardo Antão Bezerra

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.11

12

Vacinar crianças e adolescentes: um direito ou um dever dos pais e responsáveis? 181

Alex Leão de Paula Vilas-Bôas

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.12

13

Processo administrativo disciplinar e o conselho tutelar 190

Dario Pessoa Ferraz Junior

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.13

14

Dano moral por abandono afetivo: a decisão espiritualizada do STJ 202

Cristhiano Henrique de Sousa Assunção

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.14

15

A ressocialização como efeito da pena: a expectativa social acerca da ressocialização 220

Roberto Werh

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.15

16

Lei Maria da Penha: tipos de violência e formas de assistência 229

Gleuberson Silva dos Santos

Denilson Carlos da Silva Mello

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.16

17

Direito e neurociência: um estudo interdisciplinar... 239

Silvio Moreira Alves Júnior

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.17

18

Entre defesas e acusações: os desafios de um futuro incerto ao Tribunal Penal Internacional 258

Fernanda Miler Lima Pinto

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.18

19

Os fosséis como obras de arte: transversalidade entre direito, paleontologia e arte..... 270

Felipe Torres Vasconcelos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.19

20

As eleições suplementares de 2022 em Itatiaia/RJ e a resolução n° 1201/2021 278

Paulo César de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.20

21

Estado de Sítio: uma análise procedimental desse instituto de defesa das instituições democráticas ... 286

Felipe Curty Grillo

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.21

22

Regime próprio de previdência municipal e administração pública municipal: um futuro de incertezas 293

Rafael de Sá Saraiva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.22

23

A realidade dos presos LGBTQIA+ nos presídios brasileiros 314

Skarlett Marcelino

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.23

24

Retificação civil do gênero de pessoas não binárias sob a ótica dos direitos da personalidade 327

Héverton Alves de Aguiar

Fernando da Silva Constâncio

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.24

25

Constituição Balzaquiana: uma carta desvirtuada - oscilações ao sabor das conveniências 339

William Zapaterra Mendes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.60.25

Organizador 347

Índice Remissivo 348

Apresentação

É com grande satisfação que, novamente a convite da AYA Editora, organizo e apresento o segundo volume do e-book “O direito nas intersecções entre o fático e o normativo”. O contexto de lançamento da presente obra ainda se mostra humanamente – e, portanto, também juridicamente – desafiador. A Covid-19 continua a representar um desafio à humanidade, bem como a manutenção de regimes políticos populistas e autoritários que insistem em negar a pandemia. Na economia, não obstante inúmeros governos de países desenvolvidos tenham destinado verbas sociais aos mais prejudicados pelo contexto sanitário, o neoliberalismo se mostrar resiliente, confundindo liberdade individual com proteção coletiva, de modo a exigir dos trabalhadores que se arrisquem pelo (minguado) pão de cada dia, enquanto renegam seus direitos fundamentais.

A conjuntura, portanto, não é a ideal, mas o fato é que, sob uma perspectiva crítica, a realidade nunca chegará ao ponto da irrepreensibilidade. A ontologia das ciências sociais, inclusive do Direito, é mirar no inatingível e, a partir do possível, empreender aproximações sucessivas àquele objetivo. É verdade que, nos dias de hoje, a democracia e o respeito para com o próximo parecem mais inacessíveis do que nunca, mas, exatamente por isso, é preciso perseverar. Diante da complexa realidade hodierna, inegavelmente desafiadora para o Direito, nascem reivindicações para que seus operadores defendam os direitos dos cidadãos e, em conjunto com a sociedade, pavimentem novos caminhos. Inserindo-se nesta conjuntura, a presente obra, tal como o volume inaugural desta coleção, busca enriquecer o debate jurídico, mas sem se limitar a algum ramo do direito, permitindo que novas problemáticas sejam expostas por meio de inúmeras conexões interdisciplinares.

Portanto, 25 são os capítulos que, nesta obra, se propõem a desvendar as tais intersecções jurídicas entre o fático e o normativo, abordando os seguintes temas: Inspirações do common law na responsabilidade civil brasileira; Programa sinal vermelho, violência psicológica e formulário de avaliação de risco Frida; A importância do advogado no processo administrativo disciplinar; Federalismo, relação de consumo e liberdade econômica; Execução penal antecipada sob à ótica do princípio de presunção de inocência; Instituto jurídico de garantia ao direito de moradia; Registro de marca; Teletrabalho e reforma trabalhista; Histórico dos direitos trabalhistas no Brasil; Valorização do trabalho humano; Compliance empresarial e responsabilidade social; Vacinação de crianças e adolescentes; Processo administrativo disciplinar e o conselho tutelar; Dano moral por abandono afetivo; Ressocialização como efeito da pena; Lei maria da penha; Direito e neurociência; O futuro incerto do Tribunal Penal Internacional; Fósseis como obras de arte; Eleições suplementares e a Resolução nº 1201/2021; Estado de sítio; Regime próprio de previdência municipal e administração pública municipal; A realidade dos presos LGBTQIA+; Retificação civil do gênero de pessoas não binárias; Constituição balzaquiana: uma carta desvirtuada.

Inobstante a exposição acima conter somente parte do título dos capítulos que compõem a presente obra, resta inequívoca a pluralidade que a caracteriza, de modo que esta coletânea se torna uma ótima ferramenta na busca pela tão almejada interdisciplinaridade do Direito.

Uma ótima leitura a todos!

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

**Inspirações Do Common Law na
responsabilidade civil brasileira: a
aplicabilidade dos danos punitivos no
ordenamento jurídico civil brasileiro**

**Common Law Inspirations In brazilian civil
liability: the applicability of punitive damages
in the brazilian civil legal system**

Thiago Elias dos Santos Prado



RESUMO

Os danos punitivos são instituto presente no direito anglo-saxão que impõe ao ofensor de um direito, na esfera civil, uma pena, além de sua reparação. Em contraposição ao pensamento dominante na responsabilidade civil pátria, este estudo se volta a analisar, pelo método dialético, a possibilidade de inserção do instituto dos danos punitivos no ordenamento civil brasileiro, para uma realização mais efetiva dos escopos punitivo e repressivo da responsabilidade civil, hoje entendida apenas como uma decorrência da reparação.

Palavras-chave: responsabilidade civil. danos punitivos. pena civil. prevenção. reparação.

ABSTRACT

Punitive damages are an institute present in Anglo-Saxon law that imposes on the offender of a right, in the civil sphere, a penalty, besides its reparation. Contrary to the prevailing thought in the homeland civil liability, this study intends to analyze, through the dialectical method, the possibility of insertion of the punitive damages institute in the Brazilian civil law, for a more effective accomplishment of the punitive and repressive scopes of the civil liability, understood today only as a result of the repair.

Keywords: liability. punitive damages. civil penalty. prevention. repair.

INTRODUÇÃO

O dano importa a noção de prejuízo, uma perda a alguém¹, mas por vezes pode não se resumir a uma reparação do estado de coisas anterior, vindo a ser necessário que uma conduta precise ser mitigada no meio social, não constituindo um ilícito penal, mas uma conduta viciada em suas intenções que objetivam lesar outrem ou extrair-lhe vantagem que não deveria auferir. Nessas circunstâncias se insere a necessidade do tema ora perquirido, para verificar se é possível a aplicação de instituto consolidado nos países filiados ao Common Law denominado punitive damages, também Indenização Punitiva ou Dano Punitivo, do qual pode se verificar uma possibilidade de solucionar as incompletudes da mera reparação.

Assim, propõe-se responder à seguinte indagação: cabe aplicar o instituto dos punitive damages no ordenamento jurídico civil brasileiro? E nessa perspectiva, pretende-se analisar a aplicabilidade do punitive damages ao Direito Civil brasileiro, para tanto determinando a separação entre a dimensão punitiva do dano no seu exclusivo cunho indenizatório e o Dano Punitivo, quando inserido além da reparação do dano, descrevendo o funcionamento do Instituto quando inserido no sistema Common Law, onde surgiu e tratando especificamente das discussões que o instituto suscita quanto a sua inserção na ordem jurídica brasileira. Será utilizado o método dialético.

Tem-se na doutrina brasileira uma noção de responsabilidade civil atrelada à reparação consideravelmente arraigada, em que o ofensor de um direito deve reparar o dano cometido, para o restabelecimento do status quo ante, o “estado de coisas anterior”. Isto porque a doutrina

¹ “A palavra ‘dano’, que decorre do latim ‘damnum’, tem muitas acepções, significando, em suma, a presença de um prejuízo real, um mal, um detrimento, uma perda a alguém.” TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil: Volume Único*. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 372.

tem se pautado nos últimos tempos sobretudo no trabalho desenvolvido por José de Aguiar Dias, desembargador do antigo Estado da Guanabara e ministro do Tribunal Federal de Recursos, hoje Superior Tribunal de Justiça.

Em sua obra “Da Responsabilidade Civil”, cuja primeira edição data de 1944, o jurista discorre sobre temas da responsabilidade civil e encontrou grande aceitação entre os pesquisadores da área. No título VII, denominado “O Dano e sua Liquidação”, o autor discorre sobre temas relacionados à noção de dano, e em dado momento inicia a explanar que a noção de pena privada estava sendo vista com muita hostilidade na “doutrina contemporânea”² e cita como exemplo de pensador oposto à tendência geral uma monografia de Boris Starck, para quem, segundo Aguiar Dias, “Cada vez mais as questões de reparação e garantia independem das noções de prevenção ou repressão.”³

Aguiar Dias conclui, da análise que faz, que a legitimação da pena privada defendida por Starck decorre do encargo que a indenização acarreta para o patrimônio do ofensor⁴, e conclui que a prevenção e a reparação do ilícito conclui da reparação em si, sendo “corretivo moral enérgico”⁵ mesmo a quem possuir um grande patrimônio.

Esse pensamento penetrou com certa força na ordem jurídica brasileira, sendo a própria lei omissa sobre a possibilidade de uma punição ser imposta quem comete um ato ilícito dentro do direito civil. A ideia de que a história da pena privada “é a história do seu progressivo desaparecimento”⁶ inspira a doutrina desde o trabalho de Aguiar Dias, além de uma sucessão de receios por parte da jurisprudência em estabelecer punição dentro do direito civil, pela ideia de promover o enriquecimento sem causa e outras questões.

No entanto, estes são tempos de excessiva acumulação de riquezas e novas perspectivas em que se faz necessária a atuação da responsabilidade civil de um modo muito mais presente. A reparação dos danos causados pode não ser possível ou não ser efetiva, podendo até mesmo passar a fazer parte das estimativas de perdas na contabilidade de algum violador contumaz de determinado direito. Para Farias, Rosenvald e Braga Netto⁷, a pena civil é “sanção punitiva de finalidade preventiva de ilícitos sociais.” Para estes autores, é um fator que atribui efetividade ao direito civil, “sobremaneira na tutela de direitos de personalidade e conflitos me-taindividuais.”⁸

É nessa perspectiva que se pensa os danos punitivos. Se uma responsabilidade civil que não seja focada em reparar o dano esperando a inibição do ato ilícito, mas que efetivamente leve uma punição do ilícito ao ofensor é uma exigência, os punitive damages cumprem esse papel, impondo uma pena ao ofensor, eventualmente aliada à necessidade de restituição do status quo ante, se o caso permitir. E ao punir, os punitive damages levam à também inibir que ilícitos da mesma ordem sejam repetidos, tanto pelo ofensor como por outros que também estivessem sopesando as possibilidades de perda e lucro com o cometimento do ato. O instituto se adequa às necessidades de atualização da responsabilidade civil brasileira dos novos tempos, e interessa perquirir, ainda que de um modo não exaustivo, sobre as possibilidades de que o instituto ingres-

2 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 816.

3 _____. *op. cit. ibid.*

4 _____. *op. cit. p. 818.*

5 _____. *op. cit. p. 819.*

6 _____. *op. cit. ibid.*

7 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 381.

8 _____. *op. cit. ibid.*

se na ordem jurídica civil brasileira.

DANO

Antes de se falar diretamente sobre o dano, cumpre tecer alguns breves comentários acerca da responsabilidade civil como um todo, sendo o dano elemento que a compõe.

Há de se verificar que para a caracterização da responsabilidade se faz necessária a união de 3 elementos; a ação ou omissão voluntária, a relação de causalidade ou nexo causal, o dano e a culpa⁹. Pela união desses critérios, com o agente cuja ação eivada de culpa o torna responsável pelo dano, nasce a obrigação de tornar indene, de indenizar. Em crítica a Ricoeur, Rosenvald¹⁰ cita a afirmação de que a responsabilidade surge como uma obrigação de reparar danos que “são infringidos por nossa culpa e em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pena obrigação de suportar o castigo”¹¹ que o conceito porta uma ideia estrita de obrigação, sendo que uma tal definição pode abranger empregos diversos, para os quais o referencial da mera obrigação desapareceu¹².

Da conduta humana, pode-se dizer que é “causada por uma ação – conduta positiva -, ou omissão – conduta negativa -, seja ela voluntária, ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente.”¹³ Como se pode observar, a conduta que vem a ser tornar o dano pode derivar de uma ação ou da omissão. A ação é a regra dentro do sistema de responsabilidade civil, que conduz ao ato ilícito, ou seja, o ato do qual direta ou indiretamente expressa vontade e produz efeitos jurídicos contrários à ordem jurídica¹⁴. A omissão implica uma perspectiva de que se determinado ato fosse realizado, o dano não ocorreria.

Conforme Tartuce¹⁵ noção de culpa comporta dois sentidos: o amplo (*lato sensu*) e o estrito (*strictu sensu*). Pelo primeiro, se entende que a culpa engloba o dolo, em ação ou omissão dotada de vontade de lesar outrem. Pela segunda, se entende como o desrespeito a dever preexistente ou violação de direito subjetivo alheio, em desconsideração ao padrão de conduta. No entanto, essa distinção não possui maior importância em sede de responsabilização, importando que se saiba ter havido ou não culpa civil do agente na ação. Divide-se em 3 graus¹⁶: grave, leve e levíssima. Pela primeira, é a que ocorre de forma grosseira, que inclui a culpa consciente, em que o agente assume o risco da ocorrência do dano. A segunda compreende a inobservância do dever de conduta que se pode esperar do homem médio. A terceira depende da inobservância de conduta esperada de um perito ou pessoa muito atenta.

O nexo causal é o elemento que conecta a atitude do agente ao dano. É elemento indispensável e cuja importância é flagrante, pois sua comprovação é o fator que determina o dever de indenizar ou não.

Quanto ao dano, faz mister delimitar sua noção. Tendo em conta a noção consolidada

9 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 451.

10 ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 29.

11 RICOEUR, Paul apud _____. *op. cit. ibid.*

12 _____. *op. cit. p. 30.*

13 TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 229.

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 476.

15 TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 239

16 VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit. p. 481.*

em nossa doutrina, o dano encerra uma noção de prejuízo suportado pelo agente, conectado pelo nexo de causalidade ao ato ilícito cometido por outrem. Conforme Lemos¹⁷ “Dano é oriundo de relações. Estas podendo ser inicialmente humanas, ou de relações humanas, num aspecto maior da palavra. É causar prejuízo a outrem, é causar dor, abalo, retirar a pessoa ou o objeto do status quo anterior”. No entanto, nesse ponto é possível observar que falar-se em “prejuízo” se aparenta como expressão muito ligada à noção de oneração de patrimônio, e hoje a responsabilidade civil perpassa várias dimensões do ser que a mera restauração do status quo ante das coisas que lhe pertencem. Nessas circunstâncias, mais correto se faz mencionar o dano como citado por Venosa¹⁸, sendo uma lesão a um interesse, como quando nas situações que envolvem dano moral, onde existe mais um interesse a velar do que um patrimônio a restaurar.

De regra, a responsabilidade civil necessita da ocorrência de um dano para que se caracterize, devendo ser atual e certo, e por definição jurisprudencial¹⁹ a denominação deve abranger a vários interesses, a serem reclamados pelos legitimados.

Observa-se muitas vezes na doutrina pátria falar-se na noção de dano implicada estritamente na perspectiva da redução patrimonial e restabelecimento da situação anterior à ocorrência do dano. Raras são as vezes em que se dá pelos menos indicação de implicações relacionadas ao dano na esfera extracontratual. Mas a indenização pelo dano pode ter uma dimensão de simples reparação e outra de punição pelo ilícito civil culpável cometido pelo agente.

Nessa perspectiva, Farias, Rosenvald e Braga Netto²⁰ considera o atual “estado de coisas” como “neutro e asséptico”, em franca desconsideração ao desvalor dos comportamentos e alimentando conflitos coletivos, e precisa ser pensado de modo a não somente conter danos, mas comportamentos antijurídicos. Rosenvald²¹ afirma ser um “altivo papel do ordenamento jurídico” induzir comportamentos que primem por evitar condutas danosas, sendo a prevenção mais que uma característica da responsabilidade civil, mas um princípio.

Das construções jurídicas advindas do Common Law se tem a figura dos Danos Compensatórios e Danos Punitivos, respectivamente, Compensatory Damages e Punitive Damages.

Compensatory e Punitive Damages

É verificável na doutrina pátria e por consolidação legal que a perspectiva da indenização conduz, diretamente, à noção de reparar ou compensar o dano. Aliás, perspectiva dada e

17 LEMOS, Vinícius Silva. *Dano Punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e da punibilidade do dano moral*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro. v. 2, n. 26. jan./dez. 2014. p. 180.

18 VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit.* p. 493.

19 Pelo enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil, “a expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só danos individuais, materiais ou imateriais, mas também danos sociais difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para proporem ações coletivas.”

20 “Esse estado de coisas denota que o paradigma reparatório é axiologicamente neutro e asséptico. Desconsidera o desvalor dos comportamentos e contrários ao direito, alimenta a impunidade e a proliferação de conflitos coletivos, encorajando diversos atores a compartilhar as nefastas práticas desestabilizadoras do já esgarçado tecido social. Portanto, urge perceber que o direito civil não deve se limitar a conter danos, mas também (e principalmente) a conter comportamentos antijurídicos, inibindo ilícitos e dissuadindo o potencial ofensor a respeitar o *neminem laedere*.” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 375.

21 “Na sociedade dos riscos, um altivo papel do ordenamento jurídico consiste em induzir, de forma generalizada, comportamentos virtuosos, orientando potenciais ofensores a tomar medidas de segurança a evitar condutas danosas. (...) A tutela inibitória se propaga no direito civil com uma série de instrumentos que se permitem prevenir o ilícito antes mesmo que se produza, sinalizando o compromisso do direito com o desestímulo a comportamentos antijurídicos e, fundamentalmente, com a transformação social suscitada pela Constituição Federal.” ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 97-98.

garantida pela doutrina, que no trabalho de Aguiar Dias²² encontra seu principal delineamento, para quem a reparação do dano por si já resumia a também uma sanção ao agente que cometeu o ato ilícito.

Entretanto, é possível vislumbrar horizontes mais amplos para as consequências decorrentes de um ato ilícito, se não dizer-se que são necessários, visto que estipular uma reparação em sede de danos extrapatrimoniais pode ser dificultosa ou mesmo impossível, como se afirma em Higa²³: “a responsabilidade civil nunca retorna ninguém ao estado anterior quando se trata de lesão extrapatrimonial.” Compensar, reparar, portanto, são perspectivas que estão chegando a uma situação que não são exatamente de obsolescência, mas de insuficiência frente aos novos problemas com que a responsabilidade civil está se vendo ao se deparar com situações de dano cujo impacto não é determinável em quantia, ou que o prejuízo naquele caso concreto também é um prejuízo de toda a coletividade, e precisa de uma sanção que o direito penal não pode dar, e a mera reparação do caso concreto pouco ou nada representa para aquele agente, lhe permitindo continuar com aquela conduta e, de certa forma, estimulando que outros agentes também realizem o mesmo ilícito. Em contraposição a Aguiar Dias, Rosenvald²⁴ assevera que não há ressarcimento possível que possa recompor totalmente a perda causada pelo ilícito, por conta da série de eventos que o mesmo desencadeou que extrapolam a mera compensação, além de não ser capaz de operar de modo a compensar a ordem jurídica violada.

Convém, portanto, extrair do direito anglo-saxônico uma divisão entre simples reparação ao status quo ante e sanção ao agente pelo cometimento do ato ilícito.

Do primeiro, se diz Compensatory Damages, que implica a noção de compensar, restituir à condição anterior o dano causado, em sua exata dimensão, podendo ser gerais (general) ao envolver perdas, conforme Kionka²⁵, “não diretamente estipuláveis em dólares”, e especiais (Special) quando o prejuízo for pecuniariamente aferível.

Do segundo, se diz Punitive Damages, foco deste estudo, em que do ato ilícito se faz necessário mais que a simples reparação, necessitando de uma atitude sancionatória que puna o agente e o desestimule de realizar novamente aquela ação. Conforme Kionka²⁶ “(...) when D’s misconduct is sufficiently serious, to punish D and deter D and others from similar conduct in the future.” Apesar das referências históricas à punição civil, o instituto dotado dos contornos havidos na era moderna remontam a 1763, em sede dos casos Wilkes v. Woods e Huckle v. Money, em que pessoas foram mantidas em cárcere pela Reino Inglês sem justificativa, o que deu início aos

22 “Para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e a repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano.” DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 819.

23 HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 244.

24 “Ocorre que nenhum ressarcimento, por mais que se assuma compensativo, pode eliminar a perda produzida pelo ilícito. A responsabilidade não é capaz de em um passe de mágica a retornar um passado ideal e repor o lesado à situação anterior ao ilícito. A série de eventos desencadeada pelo ilícito é irreversível, e o ressarcimento, quando muito, realizará uma alocação subjetiva de uma parte da riqueza monetária que transitará do ofensor ao ofendido. Nesse sentido, o ressarcimento opera uma parcial compensação de caráter intersubjetivo. (...) Pode-se dizer que a tutela ressarcitória intervém para reparar consequências e efeitos de comportamentos ilícitos, mas não se afirma como instrumento de recomposição da ordem jurídica violada. O pagamento de uma quantia à vítima poderá reconstituir um valor material, mas não preordena a tutelar o fundamento ético do ordenamento jurídico.” ROSENVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 104.

25 No original, em inglês: “(...) not directly measured in dollars.” KIONKA, Edward J. Torts. 4. ed. Saint Paul: Thompson/West, 2006. p. 326.

26 Tradução livre: “(...) quando a má conduta de ‘D’ é suficientemente séria para punir ‘D’ e impedir ‘D’ e outros de conduta similar no futuro.” KIONKA, Edward J. op. cit. p. 330.

trabalhos de discussão sobre uma punição em sede de responsabilização civil. Um capítulo será dedicado à exploração dos pressupostos dos punitive damages mais adiante.

Interessa, ao momento, colocar uma discussão introdutória do instituto, e fazer algumas necessárias delimitações que permitirão não confundi-lo com uma decorrência do ato de reparar ou retirar-lhe a condição de instituto autônomo.

O INSTITUTO DOS DANOS PUNITIVOS

O instituto dos danos punitivos é polêmico e passou um bom tempo oculto pela cisão operada entre o direito civil e penal. O entendimento que se desenhava era que as funções punitivas haviam passado para o campo do direito penal, enquanto o ato lesava norma de ordem pública, e com isso o campo civil ficava adstrito à reparação dos danos, como resposta social ao vilipêndio de um interesse privado²⁷. Essa perspectiva é dominante no civil law e não é algo tão surpreendente, posto ser tendência conhecida do direito de influência romanística compartimentalizar mais rigidamente os ramos do Direito, e com a responsabilidade civil não ocorreria de modo diverso.

Em verdade, no civil law essa noção de um direito civil que também pune costuma ser tratado como pena civil, assunto que precisa de melhor apreciação. Não se fala de reviver a aplicação de penas civis, o que se verifica como a aberração que os opositores dos punitive damages os consideram, mas sim de uma nova abordagem da responsabilidade civil que estabelece um quantum ao ofensor que tem o condão pedagógico de evitar que a mesma conduta se repita. Do que se extrai de Caroline Vaz²⁸, direito penal e civil já são ramos bem demarcados há muito tempo, e a sua finalidade, no âmbito da responsabilidade civil, não deixa de ser a de compensação e reparação, mas com o acréscimo da finalidade de punição. A responsabilidade penal e a civil possuem fins ontológicos e jurídicos próximos, porém diversos.

Aqui cabe citar um exemplo muito conhecido. No caso *Liebeck vs. McDonald's* se pode observar que a conduta verificada na situação que causou as graves queimaduras na Sra. Stella Liebeck era recorrente da parte do ofensor, com setecentas queixas anteriores sobre o mesmo problema envolvendo queimaduras²⁹ e quinhentos mil dólares em acordos extrajudiciais com outras vítimas. A empresa que causou o dano parecia habituada a fazer estes acordos com as vítimas, mas não tomava qualquer medida para que as queimaduras cessassem. Para um grande grupo econômico como era e ainda o é, as reparações nada significavam e eventualmente, saíam mais barato do que mudar a embalagem de seu produto. O grande ponto de inflexão para a McDonald's foi a obrigatoriedade de pagar 2,7 milhões de dólares por permitir que ocorresse o dano. Em que pese ataquem o caso como “demanda frívola” ou o que o valha, os punitive damages forçaram a mudança por parte da McDonald's no sentido de evitar o dano, e isso certamente refletiu no modo como outras empresas do mesmo ramo também fossem avisadas de cuidar melhor das embalagens de seus produtos. Em nenhum momento a empresa recebeu

*27 “(...) com a evolução do estudo sobre o ato ilícito, passou-se gradativamente a considerar crime quando o ato ilícito praticado infringe uma norma de direito público e tal comportamento perturba a ordem social. A reação da sociedade é representada pela pena. No ilícito civil, o interesse lesado é o privado. Pode não ter sido atingida norma de ordem pública. Todavia, como a conduta do agente causou dano a alguma pessoa, o causador deverá repará-lo.” VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 37.*

*28 VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 83-84.*

*29 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 30-31.*

“pena”, mas foi sancionada em uma atitude que recorrentemente causava dano e até, de certa forma, normalizava a negligência com a integridade física do consumidor final desses produtos.

Sanções civis não são algo que destoe tanto dos ordenamentos jurídicos. Quando da litigância de má-fé, que no art. 81 do Código de Processo Civil brasileiro impõe multa aos que procederem dos modos listados no art. 80 do mesmo diploma, temos uma sanção que não vem a ser lei penal, o mesmo também ocorre com os atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 77, § 2º do Código de Processo Civil). Nesse mesmo espírito, convém pontuar que por definição, uma sentença condenatória “é aquela que tem por conteúdo a imposição do cumprimento de uma obrigação já violada, ou cuja violação se ameaça”³⁰. Assim, a sanção se destina ao necessário fim de confirmar comandos jurídicos³¹.

Assim colocado, cabe retomar mais detidamente a conceituação do instituto. Por uma simples análise das palavras que compõe seu nome e conforme Serpa³², se tem a noção de “punitive”, do inglês “punitivo”, aquilo que implica uma punição, e “damage”, que por simples tradução se refere à “dano”, mas no common law encerra uma definição jurídica específica, sendo toda consequência pecuniária decorrente de um ato ilícito, que se denomina tort.³³ Desse modo, já se desenha uma definição que aponta para uma punição pelo cometimento de um ato ilícito. Em uma primeira análise, dizer-se dessa forma parece ensejar a constatação de mero truísmo, mas pelo common law essa definição está amparada numa partição de muitas consequências pecuniárias (damages) que aquele sistema possui, como o compensatory citado acima, consequencial e outras possibilidades. Mas os punitive têm a função precípua de punir, não desejando compensar aquele que foi lesado pelo ilícito, mas quase que ocupando completamente os objetivos do direito da responsabilidade civil no common law (Tort Law) de justiça e promoção de políticas desejáveis (Justice and Promotion of Desired Policies) e dissuasão (Deterrence)³⁴.

Dessa forma, é possível indicar que “visa[m] punir o agente ofensor de determinado direito, aplicando-lhe uma indenização superior ao valor do dano (patrimonial ou extrapatrimonial), como forma de evitar que a ação danosa seja repetida pelo agente ou por qualquer outro indivíduo.”³⁵

Com essas bases, é possível concluir que os punitive damages são um valor, arbitrado ou não em sede de uma reparação, mas diferente dela, que significa uma sanção para aquele que cometeu o ilícito. Diferente da reparação, pois com ela não se confunde e muito menos dela se extrai sua referência, afinal na reparação se compensa o dano, e na dissuasão se impõe uma sanção para punir o agente e, pelo exemplo, evitar a ocorrência do mesmo fato pelo agente ou qualquer outro.

Cabe também realizar uma consideração sobre as funções dos punitive damages em si. Conforme identificados na dissertação de Pedro Ricardo e Serpa³⁶ são elas a de justiça pública

30 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1091.

31 FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito Civil Punitivo: do dano moral à causa geral de multa civil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 26.

32 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. *Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 24.*

33 “Para tanto, há que se frisar que, nos países do common law, a expressão damages serve para designar as consequências pecuniárias decorrentes do cometimento de um ato ilícito (tort), expressão esta que, poderíamos traduzir com as ressalvas já expostas, para nossa ‘indenização’”. SERPA, Pedro Ricardo e. *op. cit.* p. 24.

34 KIONKA, Edward J. *Torts*. 4. ed. Saint Paul: Thompson West, 2006. p. 131.

35 GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. *Punitive Damages no Direito Brasileiro*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 964, fev./2016. p. 2.

36 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. *Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 38 et. seq.*

(public justice), a função preventiva (deterrence), a função punitiva, a vingativa, a educativa e a compensatória.

Do primeiro, a justiça pública, se pode notar que a função indica o escopo do instituto de servir como forma de punir um ofensor onde o Direito Penal ou o Direito Administrativo não incidem. Contribui com a imposição do respeito à lei perante a população. É neste aspecto que o instituto se insere para punir ilícitos de cunho civil, pois nessa função conecta-se como consequência de caráter punitivo de um tort, sem constituir-se como um crime pois atua onde o Direito Penal não está presente. Nele, o direito violado deve ser restabelecido, sem contudo o Estado fazer parte desta iniciativa, devendo a parte lesada buscar este restabelecimento perante o Poder Judiciário. Conforme Kionka³⁷ "(...) conduct must have an element of outrage, similar to that which is a crime." Assim, a conduta que justifique sua aplicação precisa de elementos de um crime, mas se configura um ilícito civil (tort).

Da função preventiva, visa desestimular que o mesmo ato ilícito seja cometido novamente. Como pontuado anteriormente, essa função é a que tem a capacidade de dar quase toda a função preventiva do próprio tort law, de vez que a simples compensação pode não ter força para evitar o cometimento do ato no futuro, nem pelo mesmo agente, se este já está considerando economicamente a compensação quando empreendeu o ato³⁸.

Da função punitiva strictu sensu, pois objetiva punir o ofensor pelo ilícito. Ocorrerá a aplicação, no entanto, observada a reprovabilidade do ilícito, em intencionalidade ou desrespeito ao direito alheio³⁹, assim sendo necessário, pois o impacto da conduta pode não se refletir apenas no interesse do ofendido, mas lesar toda a sociedade, o que demanda uma sanção exemplar. Os punitive damages atuam exclusivamente na dimensão em que se afirma a reprovabilidade do ilícito, enquanto os compensatory damages atuam na reparação dos prejuízos causados pelo ilícito.

A função educativa é praticamente uma decorrência das duas últimas, e se dá quando o instituto, ao punir, reforça a existência de um dever e que sua observância é imperativa a todos. Destarte, os punitive damages incidem de maneira autônoma, porém, adicionalmente à compensação e apenas em condutas de alto grau de reprovabilidade perante o ordenamento jurídico.

Pela função vingativa, o instituto tem o condão de abrandar algum sentimento de vingança por parte do ofendido, pois nesse aspecto ele permite que este possa também se valer do Poder Judiciário para recompor o prejuízo causado pelo ato no seu âmago, em sua dimensão psicológica.

Uma aparente contradição pode surgir quando se fala de uma função compensatória para os punitive damages, mas logo é esclarecida quando se observa uma situação onde ocorre algum outro dano não abarcado pelos compensatory damages, como no caso das despesas com a própria litigância, no direito americano.⁴⁰ O instituto, nessa função, assumirá dimensão com-

³⁷ Tradução livre: "A conduta necessita de um elemento de ultraje, similar a um crime." KIONKA, Edward J. *Torts*. 4. ed. Saint Paul: Thompson West, 2006. p. 330.

³⁸ "Em razão de a indenização compensatória também exercer essa função preventiva (ainda que de maneira indireta), afirma-se que a defesa dos punitive damages como meio apto de prevenir o cometimento de novos ilícitos deve partir da resposta adequada à seguinte pergunta: por que (e em quais casos) a prevenção exercida pela condenação ao pagamento de indenização compensatória é insuficiente para atingir às exigências sociais quanto à prevenção?" SERPA, Pedro Ricardo e. op. cit. p. 43.

³⁹ - SERPA, Pedro Ricardo e. op. cit. p. 45-46.

⁴⁰ "Isso se dá porque, ao contrário do que ocorre nos países de tradição romano-germânica, nos Estados Unidos da América não vige o princípio da causalidade, que prescreve que aquele que "deu causa" ao processo (...) deve responder pelos custos despendidos durante a tramitação processual, os quais abarcarão, necessariamente, as custas e despesas processuais, além de

pensatória para a parte ofendida ou então como uma condenação à sucumbência no processo.

Determinadas as funções, interessa fazer consideração quanto aos requisitos que determinam a possibilidade de aplicação dos punitive damages. São requisitos objetivos a ocorrência do ilícito e que este acarrete prejuízo, e até esse ponto não se difere muito da responsabilização com fulcro compensatório. Aliás, esse aparenta ser um fator que muito confunde a jurisprudência brasileira ao aplicar o instituto, e acaba por retirar sua autonomia ao fixá-lo em sentença.

Os punitive damages necessitam também levar em consideração requisitos subjetivos, sobre os quais passa-se a discorrer.

Da Imputação do Elemento Subjetivo

É necessário que se dê especial destaque ao elemento subjetivo, pois é um dos grandes fatores de diferenciação do instituto da mera reparação do dano.

O elemento subjetivo é a inclinação, o “estado de espírito” (state of mind) do ofensor em descumprir o que impõe a lei ou desconsideração grosseira do direito alheio. Assim sendo, é necessário que na transgressão esteja presente a vontade do autor em transgredir, por meio de dolo, coação, malícia, fraude e afins. É a forma utilizada, pelo menos, no direito americano para concluir pela aplicação do instituto⁴¹ e também encontra condições de implementação no direito inglês, que conforme trabalho de Lord Devlin, o instituto deverá se submeter à avaliação de enquadramento com: a ocorrência de atos opressivos, arbitrários ou inconstitucionais perpetrados por funcionários do governo; condutas em que o réu tenha calculado que o lucro obtido com o ilícito excederia eventuais indenizações com que ele tivesse que arcar; e casos expressamente previstos em lei.⁴²

Nenhum critério, no entanto, existe na jurisprudência brasileira que aponte para a consideração do elemento subjetivo na inserção de uma dimensão punitiva⁴³ considerando-se apenas o grau de culpa do ofensor, a condição econômica do responsável pela lesão e o enriquecimento obtido com o fato ilícito. Uma omissão que tem sido motivo para o desvirtuamento do instituto, pois essa ausência conduz a uma interpretação confusa entre estipular uma reparação e estipular uma pena, pois mesmo que a função de dissuadir possa estar presente em ambas, é necessário separar a condenação atribuída para dissuadir uma conduta em sede de uma compensação, considerando-se critérios objetivos de responsabilização, de uma punição, considerando-se a conduta do agente ao realizar o ilícito.⁴⁴

honorários advocatícios devidos ao patrono da parte vencedora.” SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização Punitiva. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 54.

41 SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira de Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, v. 37, n. 74, dez. 2016. p. 306.

42 HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 61.

43 “Ao acolher a função punitiva da indenização por danos morais, a jurisprudência (em especial o STJ) costuma utilizar três critérios para se chegar a um valor indenizatório: (1) o grau de culpa do ofensor; (2) a condição econômica do responsável pela lesão; e (3) o enriquecimento obtido com o fato ilícito.” SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. op. cit. p. 306.

44 “É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos punitive damages que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente – a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo. No primeiro caso, o universo é amplíssimo, abarcando os regimes de responsabilidade resultantes de quaisquer dos critérios de imputação (subjetiva ou objetiva, seja esta pelo risco, pela segurança, pela confiança,

Fator Pedagógico-Punitivo e os Compensatory Damages

Aspecto necessário para demonstrar uma necessária distinção entre os punitive damages e o fator pedagógico-punitivo, sobretudo em sede de dano moral que pode assumir mais evidentemente essa função. Em que pese seja complicado afastar esse fator dos punitive damages, sendo que a própria jurisprudência americana já aparenta inclinar-se a permitir que seja o valor da punição baseada no montante da compensação⁴⁵, interessa demarcar novamente a fronteira entre os institutos pelas suas funções precípuas. Os punitive damages se destinam a punir, como função principal, e ao punir, realizar as funções elencadas anteriormente de modo acessório. Noutras funções, a punição é meramente acessória, além de vinculada à compensação, sem autonomia sobre a fixação de valores⁴⁶.

A função pedagógica, portanto, estará presente no instituto, mas decorre da sua função principal que é punir e não se confunde com a função pedagógica que se atribui em sede de reparação.

COMMON LAW

Conforme sucintamente demonstrado em momento anterior, o instituto tem sua origem no direito anglo-saxônico, apesar de que ao longo da história, a noção de punição aliada à reparação do dano pode ser encontrada em registros remotos da civilização⁴⁷. “Common Law” consagra-se como a palavra que designa o direito comum a toda Inglaterra, em oposição aos direitos locais⁴⁸. Em todo caso, o espaço para o desenvolvimento do instituto sempre esteve mais sedimentado no Common Law, considerando-se o fato de que a separação entre o ilícito penal e o civil não ocorreu tão visivelmente no Direito Anglo-Saxônico, posto que o direito inglês, berço do instituto, não fazia sequer distinção entre um ilícito civil e um ilícito penal, e ainda hoje a distinção permanece pouco clara naquele ordenamento jurídico⁴⁹. Previa, no entanto, uma quantia em pecúnia como resposta a uma má conduta (denominado wrongdoing)⁵⁰, do que se extrai uma

etc.). No segundo caso, (punitive damages) só poderá abranger a responsabilidade derivada da imputação subjetiva, sob pena de incontornável contradição: se o que é avaliado (para fixar o montante da indenização) é a maior ou menor gravidade da conduta do autor do dano e o maior ou menor grau de reprovação ético-jurídica à conduta, como fazê-la incidir às hipóteses de imputação objetiva, para a qual o exame da conduta do agente é despiciendo (examinando-se tão-só a ilicitude, o dano, a imputabilidade e o nexo causal)?” MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. Revista CEJ, Brasília, v. 9 n. 28, jan./mar. de 2005. p. 23-24.

45 SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira de Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, v. 37, n. 74, p. 308, dez. 2016.

46 “O dano punitivo de forma geral tem como seu principal motivo de existência a ideia de punir, de se atingir de forma exemplar o ofensor. O intuito primordial é punir. Na forma das funções compensatórias e pedagógico-preventivas, a punição é de forma acessória, nunca de forma principal na corrida por reparação.” LEMOS, Vinícius Silva. Dano Punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e da punibilidade do dano moral. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro. v. 2, n. 26, p. 187, jan./dez. 2014.

47 “Embora haja referências históricas às punições civis lato sensu que remontem a vetustos excertos do Código de Hamurábi, do Código Hitita, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas, atravessem o Cristianismo por meio de documentos históricos de autoridade religiosa, como a Bíblia Sagrada, e ressurgam na Baixa Idade Média nas leis promulgadas pelo rei Eduardo I, como o Statue of Westminster e o Statue of Gloucester, a elaboração dos punitive damages na Era Moderna, com contornos semelhantes aos atuais, surge apenas na Inglaterra da segunda metade do século XVIII.” HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 49-50.

48 “Este direito, em 1066, não existia. A Assembleia dos Homens Livres, chamada de County Court ou Hundred Court, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem nenhuma pretensão de ser racional.” DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 359.

49 “English Law in its earliest stages did not differentiate between tort and crime; indeed, such terms are unknown.” (Tradução livre: O direito inglês, em seus estágios iniciais, não diferenciava ilícito e crime; de fato, tais termos são desconhecidos.) KIONKA, Edward J. Torts. 4. ed. Saint Paul: Thompson West, 2006. p. 131.

50 SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização Punitiva. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011.

remota referência aos punitive damages já nessa época.

No Direito Romano, a responsabilização civil e penal estavam classificadas na mesma categoria de ilícito, sendo o crimina o ato lesivo ao interesse público e o delicta o que ofendia interesse particular, e que era sancionado com pena pecuniária ou com o ressarcimento⁵¹. Mesmo no direito romano, portanto, se observa que apesar de se distinguir ilícitos entre os que concerniam ao interesse público e ao privado, a responsabilidade era apenas uma, e classificada como delito mesmo que a conduta lesasse apenas interesse privado.

Hoje, o arbitramento é dado por um júri, excepcionalmente por juiz singular, quando se conclua que o réu causou intencionalmente o dano ou quando a conduta reflita desprezo consciente, negligente, arbitrário ou opressivo pelo direito do lesado⁵². De grande importância no direito anglo-saxônico, o júri no common law e, sua forma original, conforme writ instituído em 1166 pelo rei Henrique II (chamado novel disseisin), dividem-se em grand jury (grande júri, em tradução livre), composto de 23 jurados de cada condado (county) que denunciam crimes mais graves, sem consideração a provas, naquele momento. O segundo Júri, dito petty jury (pequeno júri, em tradução livre), que se ocupava das provas produzidas, sem contudo admitir outras, e não ouviam testemunhas. Entre os séculos XV e XVI, o petty jury passou a ouvir testemunhas e julgar apenas pelo que havia sido provado⁵³. Na Inglaterra, o grand jury, não mais existe desde 1933 por força do Administration of Justice Act e o petty jury foi mantido sobretudo em matéria criminal, e no processo civil ainda é previsto, mas de fato já não se recorre a ele. Nos Estados Unidos, o grand jury subsiste em tribunais federais em cerca de vinte estados, e o petty jury ainda possui força⁵⁴.

Há dois casos que, na era moderna, marcam o surgimento dos punitive damages: o caso *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*. Antes dos posicionamentos insculpidos nas decisões dos dois casos, o antecessor primitivo direto do instituto eram os amercements, surgidos após a invasão normanda e que substituíam as quantias fixadas em reparação ao wrongdoing, mas que obedeciam um critério de proporcionalidade ao ilícito cometido⁵⁵.

Nos dois casos temos a gênese do instituto, que se desenvolve alternando entre momentos de descrédito e redescoberta até sua atual configuração.

Pressupostos no Direito Inglês

Conforme exposto anteriormente, os punitive damages possuem alguns antecedentes remotos que, embora não fossem assim denominados, guardavam certa semelhança com o instituto moderno. Mas o instituto tem seu início com dois casos ocorridos no ano de 1763. Pela narrativa de Higa⁵⁶, um clima de insatisfação política com os ministérios do rei George III da Inglaterra era visível e crescente. Quando da assinatura do tratado de paz com a França em 1763,

Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 28.

51 CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 406.

52 SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. *Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira de Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis, v. 37, n. 74, p. 299, dez. 2016.

53 GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 214.

54 GILISSEN, John. *op. cit.* p. 214-215.

55 SERPA, *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. *Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p.29.*

56 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 54 et seq.

no contexto da Guerra dos Sete Anos, a insatisfação tornou-se expressa sobretudo quanto a 2 ministros, Greenville e Bute. Na edição nº 45 de 23 de abril de 1763 do periódico *The North Briton*, os dois foram acusados de servirem a propósitos de nepotismo e corrupção, além da insinuação de que as tratativas de paz teriam sido realizadas de modo desonesto, com a participação do rei.

O rei retaliou as acusações determinando que fosse expedido mandado de prisão para os responsáveis, porém sem indicar pessoas ou locais em específico. 49 pessoas foram presas, inclusive o parlamentar e crítico da monarquia, John Wilkes. Este, por sua vez, moveu ação contra o subsecretário Wood, protagonista da situação.

Apreciando o caso, Lord Chief Justice Pratt argumentou que investir representante de estado em poder de invadir domicílios, arrubar objetos e confiscar documentos, por mandado genérico, subvertia a liberdade individual, e defendeu perante os jurados que os *damages* poderiam ser maiores que o prejuízo, pois também serviam para punir o culpado, dissuadir condutas futuras e demonstrar repulsa pela conduta. O veredicto do júri foi favorável ao autor, pela importância de mil libras.

O tipógrafo da referida edição também foi alvo das prisões ordenadas pelo secretário Lord Halifax. William Huckle foi mantido por 6 horas detido em sua casa por um mensageiro do rei. Não foi maltratado nem houve prejuízos de grande monta, mas o que pesou para a fixação da indenização era o abuso de poder, que violava a Magna Carta. A condenação foi fixada em trezentas libras.

No primeiro caso, *Wilkes v. Wood*, além dos fundamentos do instituto moderno se tem o lançamento do grande fator de diferenciação dos *punitive damages*, que é a fixação do valor a título de punição de maneira autônoma do de reparação. O segundo caso, *Huckle v. Money*, é acrescido ao instituto também a reprovabilidade do ato, em complemento à função de demonstrar a repulsa pela conduta. O instituto nasceu, portanto, num contexto de abusos cometidos por agentes de estado e que visavam punir o ofensor e prevenir que a conduta se repetisse⁵⁷. Ainda na Inglaterra, o instituto recebeu contornos mais aperfeiçoados, através da submissão a critérios para a submissão de determinado caso ao instituto, chamados *categories test*, fixados no caso *Rookes v. Barnard*.

Rookes vs. Barnard⁵⁸ e as Categories Test

O caso em tela teve o condão de estabelecer critérios para a verificação da aplicação dos *punitive damages*. Pelo trabalho de Lord Devlin, se elaborou critérios para o escrutínio do enquadramento do caso ao instituto, a saber, ocorrência de atos opressivos, arbitrários ou inconstitucionais perpetrados por funcionários do governo; condutas em que o réu tenha calculado que o lucro obtido com o ilícito excederia eventuais indenizações com que ele tivesse que arcar; e casos previstos em lei⁵⁹. Agora, interessa colocar as circunstâncias em que o caso ocorreu.

Senhor Rookes era empregado, por vários anos da British Overseas Aircraft Company (BOAC) como projetista de aviões. Era membro de um sindicato, o Association of Engineering and Shipbuilding Draughtsmen (AESD), e certa vez quando Sr. Rookes o deixou, o sindicato

57 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 33.

58 INGLATERRA. Câmara dos Lordes. Voto do relator no caso Nº 1. United Kingdom House of Lords. Relator: Lord Reid. Julgado em 21 jan. 1964. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>. Acessado em: 06 ago. 2019.

59 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os "punitive damages" no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 61.

iniciou uma pressão contra a BOAC pela sua dispensa, o que ocorreu com seu afastamento e posterior rescisão de seu contrato de trabalho.

Sr. Rookes demandou o Sr. Barnard, diretor do sindicato, e outros dois membros pelo modo como induziram a empresa a proceder como o fez, demitindo-o. Em primeira instância, Sr. Barnard foi condenado ao pagamento de sete mil e quinhentas libras a título de reparação e de punição. Diante da reversão do julgamento, Sr. Rookes recorreu à Câmara dos Lordes, que deu provimento ao apelo, sendo determinado pelo voto condutor de Lord Devlin que fosse realizado novo julgamento estando os jurados submetidos às condições impostas por ele.

Tais condições estabeleceram critérios para balizar a aplicação do instituto, a Câmara dos Lordes ainda deu melhores contornos aos *categories tests* posteriormente.

A primeira categoria foi debatida no caso *Broome v. Cassel & Co. Ltd*⁶⁰ e aplicada pela interpretação dada pela Corte, segundo a qual por “servants of the government” designava todos os servidores públicos, e não somente os funcionários da realeza⁶¹. Em julgamento posterior, estipulou-se que as condutas adjetiváveis poderiam ser interpretadas de modo disjuntivo ou alternativo, sendo que o ato não precisaria ser cumulativamente opressivo, arbitrário e inconstitucional para encaixar-se como potencial para condenação punitiva⁶². A necessidade de haver lucro também foi mitigada pela corte, que conforme o voto de Lord Diplock, a vinculação ao ganho real com o ilícito poderia permitir ao infrator interpretar-se que é possível levar adiante um ilícito se, do seu cometimento, não derivou valores compensáveis, e a intenção do instituto é ensinar ao autor do ilícito que sua conduta não se pode compensar⁶³. A mera intenção de obter o lucro ilícitamente já compõe o requisito⁶⁴.

Também foi estabelecido como requisito que a condenação punitiva seria cabível se, e somente se (*if, but only if*) a soma dos jurados considerassem o montante fixado a título de reparação insuficiente para punir a conduta, demonstrar a reprovação do júri e dissuadir o réu a repeti-lo, o que interessa muito numa situação em que a punição se enquadra como um escopo da responsabilidade civil, ao lado da prevenção e reparação. Conforme Higa⁶⁵, acaba por remeter ao princípio da necessidade da pena, no campo civil, de modo a estabelecer que, se quem praticou o ato também sofreu perdas e arcou com indenizações civis e penalidades administrativas, já se deva considerá-lo punido, e não aplicar, portanto, os *punitive damages*. A Câmara dos Lordes chegou, portanto, a algumas ponderações a levar em consideração quando fosse

60 INGLATERRA. *Câmara dos Lordes. Voto do relator no Appeals Case 1027. United Kingdom House of Lords. Relator: Lord Hailsham of St. Marylebone L.C. Julgado em 23 fev. de 1972. Disponível em: <http://uniset.ca/other/rossminster/broome.html>. Acessado em: 06 ago. 2019.*

61 HIGA, Flávio da Costa. *op. cit.* p. 62.

62 _____. *op. cit.* p. 63.

63 “I have no similar doubts about the retention of the second category. It too may be a blunt instrument to prevent unjust enrichment by unlawful acts. But to restrict the damages recoverable to the actual gain made by the defendant if it exceeded the loss caused to the plaintiff, would leave a defendant contemplating an unlawful act with the certainty that he had nothing to lose to balance against the chance that the plaintiff might never sue him or, if he did, might fail in the hazards of litigation. It is only if there is a prospect that the damages may exceed the defendant’s gain that the social purpose of this category is achieved — to teach a wrong-doer that tort does not pay.” (Tradução livre: Não tenho dúvidas semelhantes sobre a retenção da segunda categoria. Também pode ser um instrumento contundente para impedir o enriquecimento sem causa por atos ilegais. Mas restringir os danos recuperáveis aos ganhos reais obtidos pelo réu, se excedesse a perda causada ao demandante, deixaria um réu contemplando um ato ilegal com a certeza de que ele não tinha nada a perder para equilibrar a chance de que o demandante nunca o processe ou, se o fizer, poderá perder com os riscos de um litígio. Somente se houver uma perspectiva de que os danos possam exceder o ganho do réu é que o objetivo social dessa categoria é alcançado - ensinar a um malfeitor que o ato ilícito não compensa.) INGLATERRA. *Câmara dos Lordes. Voto do relator no Appeals Case 1027. United Kingdom House of Lords. Relator: Lord Hailsham of St. Marylebone L.C. Julgado em 23 fev. de 1972. Disponível em: <http://uniset.ca/other/rossminster/broome.html>. Acessado em: 06 ago. 2019.*

64 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. 63.

65 _____. *op. cit.* p. 65.

postulada uma condenação em punitive damages, que são: somente a vítima do comportamento poderia vindicá-los; que o poder de concedê-los tinha tanto a dimensão de defender uma liberdade como de prejudicá-la, se arbitrado em um caso que já se possa entender o ilícito como punido pelas perdas tidas pelo ofensor; que a intenção das partes era essencial para o arbitramento dos punitive damages.

Estados Unidos

Em além-mar, o instituto chegou aos Estados Unidos em dois casos poucos anos após seu surgimento na Inglaterra. No primeiro, *Genay v. Norris* (1784), a Suprema Corte da Carolina do Sul estabeleceu o que denominou vindictive damages (danos vingativos) a uma vítima que foi intencionalmente envenenada por um médico, com que tinha uma desavença. Em 1791, no caso *Coryell v. Colbaugh*, o instituto aparece novamente em uma lide em que um cavalheiro negou-se a casar com uma dama da sociedade americana após tê-la engravidado⁶⁶.

Antes de se adentrar em características específicas do instituto nos Estados Unidos, cabe explicar que no país divide-se de modo bem delimitado o contract law e o tort law, sendo, respectivamente, o primeiro relativo à responsabilidade contratual e o segundo à responsabilidade extracontratual⁶⁷. No entanto, é admissível ao campo dos contratos a menos que a conduta do agente, que significa a quebra do pacto contratual, sejam abarcadas pelo tort law⁶⁸

Assim sendo, dentro do tort law estão contidos os compensatory e os punitive damages, que por sua vez são definidos pelo § 908 do Restatement (Second) of Torts como “indenização que não a compensatória ou nominal, concedida contra uma pessoa para puni-la por sua conduta ultrajante e dissuadi-la, e outras como ela, de praticarem condutas semelhantes no futuro”⁶⁹.

São 45 os estados da federação norte-americana que preveem a aplicação dos punitive damages, excluídos totalmente Nebraska, Michigan e o Estado Livre Associado de Porto Rico. Aceitam o instituto mediante previsão legal New Hampshire, Louisiana e Washington⁷⁰.

O instituto possui aplicação para os casos de negligência grosseira (gross negligence), responsabilidade objetiva (strict liability) e responsabilidade civil por quebra de contratos⁷¹. Tais indenizações são concedidas pelo Tribunal do Júri, conforme a 7ª Emenda da Constituição Federal americana permite⁷².

Procedimentalmente, alguns estados podem adotar a atribuição dos punitive damages em momento posterior à aferição da culpa do acusado no ato ilícito, podendo haver casos em que a indenização punitiva será verificada num terceiro momento, após os jurados decidirem se o réu violou regra de conduta observável pelo homem médio, o quantum a ser pago a título de compensação e então verificarem se a conduta do réu necessita ser repreendida pelos punitive

66 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr.* 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 34-35.

67 VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: Da reparação à punição e dissuasão*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 47.

68 _____. *op. cit.* p. 57.

69 Tradução extraída de: VAZ, Caroline. *op. cit.* p. 50.

70 _____. *op. cit.* p. 88-89.

71 _____. *op. cit.* p. 51.

72 “In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.” (Tradução livre: Nos termos do direito comum, em que o valor em controvérsia deve exceder vinte dólares, o direito de julgamento pelo júri será preservado, e nenhum fato julgado por um júri será reexaminado em qualquer Tribunal dos Estados Unidos, de acordo com às regras do direito comum.) ESTADOS UNIDOS. Constituição dos Estados Unidos. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acessado em: 15 Ago. 2019.

damages⁷³.

O quantum fixado pelos jurados, também, difere em destinação, a depender do Estado. Em boa parte deles, no entanto, os valores são destinados integralmente à vítima, em observância à noção de “private attorney general”, ou seja, para incentivar as vítimas a levar seus casos à justiça e auxiliá-la, assim, a punir aqueles que realizam condutas ultrajantes de maneira contumaz e proteger o interesse público⁷⁴.

Em boa parte dos estados são impostas limitações monetárias para o arbitramento dos valores. São eles determinados em “tetos” (caps) para os valores nominais arbitrados pelo júri e correlações (ratio) vinculadas aos valores fixados a título de compensação⁷⁵. São cerca de 25 os estados que estabelecem um limite em dólares para a condenação em punitive damages, outros possuem ratio determinada pelo valor da reparação do dano, mas boa parte deles assumem uma combinação de ambos⁷⁶.

INSERÇÃO NO BRASIL

Passando a abordar a inserção do instituto no direito civil pátrio, é necessário relembrar as particularidades da ordem jurídica nacional e as críticas suscitadas ao instituto que sustentam ser incompatível com a ordem jurídica brasileira.

A ordem jurídica brasileira é filiada ao civil law, e a jurisprudência possui um papel menos significativo que a lei⁷⁷, que é o centro do direito nos países filiados ao direito romanístico como o Brasil. O common law é, sobretudo, jurisprudencial, tendo por obrigação ao juiz decidir conforme os precedentes judiciais, realizando assim o chamado princípio do stare decisis⁷⁸. O direito romanístico exacerba o elemento legislativo, enquanto o direito anglo-saxônico se pauta mais pelos usos e costumes, e pela jurisdição⁷⁹. A função punitiva para a responsabilidade civil acaba não encontrando o mesmo respaldo nos países de tradição romano-germânica, sendo em grande parte por força das revoluções liberais do século XVIII e pela ruptura entre o Direito Público e o Direito Privado, que culminou numa rígida separação entre matérias civis e penais, inclusive quanto a sanções.⁸⁰

Mas apesar da incompatibilidade dos dois grandes ramos do direito no ocidente, seus institutos podem não ser totalmente incompatíveis entre si, realizando-se a devida observação e adaptação. É o que se aventa quanto aos punitive damages. Conforme Rosenthal⁸¹ a responsabilidade civil não pode manter-se neutra aos valores juridicamente relevantes de um dado momento histórico e social, e com isso todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos merecem destaque, para balancear interesses combinando as funções basilares da responsabilidade civil: a punição, a precaução e a compensação. A negação da relevância das sanções civis de caráter punitivo significa excluir pela base a aptidão de normas de direito privado de explicitarem

73 VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: Da reparação à punição e dissuasão*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 59-60.

74 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 89.

75 HIGA, Flávio da Costa. *op. cit.* p. 101-102.

76 _____, *op. cit.* p. 115-116.

77 MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 32. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 406.

78 GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 211.

79 REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 142.

80 FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito Civil Punitivo: do dano moral punitivo à causa geral de multa civil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 49.

81 ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

uma função preventiva, de desestímulo à prática de condutas ilícitas⁸².

Essa perspectiva conduz a um isolamento do direito civil à exclusiva esfera das relações particulares, impedindo que possa exercer também a mediação de conflitos num âmbito que vá além do conflito individual. Mesmo que a jurisprudência pátria tenha atribuído, sobretudo em sede de dano moral, alguma perspectiva punitiva vinculada à reparação, não possui formato sancionatório autônomo, como os punitive damages assumem⁸³. Conforme Silva e Walker⁸⁴, a jurisprudência brasileira tende a considerar o fator pedagógico-punitivo como uma categoria para modulação do elemento compensatório.

Conforme Vaz⁸⁵, são argumentos que embasam o rechaço do instituto dos punitive damages no Brasil: que os punitive damages são sanções penais, em contraposição ao instituto da responsabilidade civil, que visa o ressarcimento ou compensação do dano; que o instituto representa o enriquecimento sem causa, pela extrapolação do prejuízo sofrido; que o instituto representa a mercantilização da justiça e das relações existenciais, transformando numa espécie de “loteria” o acesso à tutela jurisdicional; configurariam um bis in idem já que condenações que perpassam a esfera penal e a civil, como lesões corporais, poderiam conduzir à imposição de duas condenações; que a expressão “indenização” citada no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988 afasta a condenação a título de danos morais que seja superior ao prejuízo causado. A cada uma delas, cabe uma abordagem mais detalhada.

Do primeiro, já foi tratado em outro momento que, sendo categorias devidamente delimitadas a responsabilidade civil e penal. Cabe também pontuar, que a responsabilização penal implica a restrição de direitos e liberdade, conquanto a responsabilização civil continuará buscando a compensação do dano causado pelo ilícito, mas acrescentando-se a função de punir.⁸⁶ Do mesmo modo, a “mercantilização da justiça” que os detratores do instituto se referem tem aparência de se tratar de uma generalização ausente de acuro quanto à observação de contexto, pois como também visto anteriormente, a consideração pelo precedente e o dimensionamento da condenação no caso concreto dado por um júri não tem como acontecer no Brasil. Assim, recai sobre o bom senso do julgador, com os instrumentos fornecidos pela teoria geral do Direito e a legislação pátria, fazer a correta estipulação de valores que podem representar uma punição civil para quem realizou o ato ilícito e não provocar desvirtuamentos no instituto.⁸⁷ Sobre a possibilidade do bis in idem, cabe recordar o que dispõe o art. 935 do Código Civil⁸⁸, que preza pela independência das responsabilizações, mas permite que aquilo que transite em julgado na esfera penal tenha efeitos reflexos na esfera cível quanto à existência do fato. E nenhum momento se aventa que tais condenações em diferentes esferas possam configurar bis in idem⁸⁹. No entanto, pode acarretar o dever do magistrado civil reduzir o quantum arbitrado ou do júri criminal reduzir a pena⁹⁰.

82 _____, *op. cit.* p. 45.

83 FEIJÓ, Arthur Nogueira. *op. cit.* p. 46.

84 SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. *Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira de Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis*, v. 37, n. 74, p. 308, dez. 2016.

85 VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 83.

86 VAZ Caroline. *op. cit.* p. 83.

87 _____, *op. cit.* p. 85.

88 “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.” BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acessado em: 28 ago. 2019.

89 VAZ, Caroline. *op. cit.* p. 87.

90 ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.

Sobre as outras hipóteses levantadas pelos que se opõe ao instituto, cabe discuti-las mais detidamente, uma vez que compõem os principais e mais fortes argumentos contra os punitive damages no direito civil pátrio.

Adequação à Lei

Em primeira observação, diz o texto do art. 944 do Código Civil de 2002: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Tem nessa assertiva um dimensionamento específico para tratar a noção de responsabilização pela restituição do estado de coisas anterior ao dano, vislumbrando-se também a culpa levíssima em sede de observar-se a extensão do dano⁹¹. No parágrafo único do referido artigo é possível vislumbrar uma noção de proporcionalidade entre o grau de culpa do ofensor e a reparação devida, quando o dispositivo afirma: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” é no aspecto proporcionalidade que será necessário focar daqui por diante.

Por disposição do art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, vislumbra-se a proteção de contra a ameaça de direito, que também pode ser pensado de maneira a clamar ao Poder Judiciário uma postura proativa fulcrada na proteção do direito antes que possa ser violado pelo dano⁹². Os punitive damages contribuem com isso, pois conforme já demonstrado em outro momento, sua função preventiva se volta em, com a punição, sancionar o ofensor e demonstrar, pelo exemplo, que aquela conduta atenta contra a ordem jurídica. Não somente é constitucional como pode contribuir com preceitos insculpidos na Carta Magna.

Dos que alegam a inconstitucionalidade do instituto por força do art. 5º, X da Constituição Federal de 1988, contemplam uma visão que, de plano, veta a possibilidade fixação de danos extrapolando o prejuízo causado. Evidentemente, mais uma vez se tem por premissa que as funções punitiva e dissuasória decorreriam da reparação ou compensação, o que não é o caso.

Trata-se de uma expansão de funções da responsabilidade civil, que os punitive damages contribuem para realizar no aspecto da prevenção e da punição. Assim, vem ao encontro da proteção de valores materialmente fundamentais, e auxiliam na sua proteção efetiva⁹³.

Superada a questão da constitucionalidade, cabe verificar a questão pelo modo como adentrar à ordem jurídica brasileira. Sabendo-se que se trata de uma punição, o princípio da legalidade não pode ser ignorado, pelo que já enunciou Beccaria no século XVIII⁹⁴, e sendo a observância de tal princípio fundamental para um estado democrático⁹⁵. Também é necessário recordar que o conceito descrito no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988 refere-se a toda medida caracterizável a uma conduta culpável⁹⁶, nisso incluindo-se, portanto, os

277.

91 TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil: volume único. 1. ed.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 270.

92 FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito Civil Punitivo: do dano moral punitivo à causa de multa civil. 1. ed.* Curitiba: Juruá, 2019. p. 42. 93 VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 88.

94 “A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode, com justiça, infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e no momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra um crime de um cidadão.” BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas. 2. ed.* São Paulo: Edipro, 2015. p. 25.

95 FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito Civil Punitivo: do dano moral punitivo à causa de multa civil. 1. ed.* Curitiba: Juruá, 2019. p. 106.

96 “O conceito de crime do art. 5º, XXXIX, da CF/88 envolve não só aquele fato como tal definido na lei penal, mas também as

punitive damages.

O instituto, por mais que não seja infenso à ordem jurídica que se possa fixar uma indenização de cunho punitivo através de decisões, interessa que haja um trabalho legislativo voltado para sua inserção na ordem jurídica pátria, e para Venosa⁹⁷, essa é a única maneira de se enxergar o sentido de punição privada na responsabilidade civil.

Pelo extinto Projeto de Lei nº 6.960/2002, se pretendia, dentre outras modificações, a inserção de mais um parágrafo no art. 944 do Código Civil, que dizia: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.”⁹⁸. Através deste projeto, se tinha um primeiro indício de se desejar que houvesse uma condenação capaz de ter uma dimensão dissuasiva ao lesante. O Projeto, que trazia várias outras modificações no Código Civil, foi arquivado em janeiro de 2007, conforme consta da página da Câmara dos Deputados⁹⁹. Ainda em 2007 deu-se nova proposição, desta vez como Projeto de Lei do Senado nº 413/2007, de autoria do senador Renato Casagrande, que previa também a inserção de mais um parágrafo ao art. 944 do Código Civil, mas com a seguinte redação: “A indenização atenderá as funções compensatória, preventiva e punitiva”.¹⁰⁰ Neste projeto, existe um avanço em relação ao anterior por inserir funções preventiva e punitiva não só ao dano moral, mas às indenizações em geral¹⁰¹. O projeto foi arquivado ao final da legislatura, em dezembro de 2014¹⁰². Em todas as ocasiões, os projetos se encontravam em tramitação quando aqueles que a propuseram terminaram seus mandatos, o que não faz com que se tenha perdido de vista a possibilidade de que a legislação consolide o instituto na ordem jurídica brasileira.

A Aplicação “Restrita”

Esta subdivisão tem por finalidade expor um aspecto já indiretamente abordado em outros momentos, que é a questão da aplicação dita “restrita” do instituto realizada pela jurisprudência brasileira. Trata-se de algo bastante peculiar, pois aparenta-se como um dos grandes causadores de desvirtuamento e confusão, até mesmo para a doutrina, que ao debruçar-se sobre o tema, acaba considerando esta aplicação “restrita”. De antemão, como instituto autônomo voltado para a punição, aplicá-lo com as “restrições” postas pela jurisprudência demonstra-se uma afirmação proveniente de um raciocínio que supõe algo possível que exista incompleto, mesmo sendo empiricamente demonstrável sua impossibilidade.

Isto porque as restrições impostas pela jurisprudência têm, primeiramente, atrelado a condenação à compensação, e disso se tem observado valores ínfimos mantidos ou estipulados que por indício de desconhecimento do instituto por parte do julgador, foram arbitrados respei-

contravenções e as infrações disciplinares. Pena refere-se a toda e qualquer medida estatal caracterizável como reação a uma conduta culpável.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 635.

97 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 479.

98 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.960 de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9F78BF4E332D6D62B445E5552A4D90B6.proposicoesWebExterno1?codteor=50233&filenome=Tramitacao-PL+6960/2002. Acessado em: 31 Ago. 2019.

99 BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados: Fevereiro de 2007. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01FEV2007SUP_A.pdf#page=142. Acessado em 31 ago. 2019.

100 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 413, de 2007. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4698452&ts=1559277655124&disposition=inline>. Acessado em: 01 set. 2019.

101 VAZ, Caroline. Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 81

102 BRASIL. Senado Federal. Diário do Senado Federal: dezembro de 2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/81887>. Acessado em: 01 set. 2019.

tando-se a vedação ao enriquecimento sem causa¹⁰³.

Louvável que considerem, mas essa redução e “adequação” de um modo bruto dada pelo julgador praticamente tornam inócua a aplicação do instituto, que tendo o escopo de punir, deve ser expressiva e para punir e dissuadir o ofensor. Igualmente, confusões conceituais incitam que uma figura deformada surja nas sentenças denominando-se como punitive damages, mas que apenas permeia-o e confunde o instituto com a função punitivo-pedagógica em sede de dano moral¹⁰⁴.

Em vista disso, há urgência, impulsionada por certo espanto, que o estudo sobre o instituto e sua adequação ao ordenamento jurídico pátrio receba um adequado tratamento, que não o faça ser refutado por algumas rápidas linhas a submeter de um grande instrumento para a efetivação do caráter preventivo e punitivo para a responsabilidade civil ao incompleto raciocínio silogístico que conduz a uma incompleta conclusão pela existência de enriquecimento sem causa.

E em referência ao enriquecimento sem causa, interessa também analisá-lo com cautela.

Do Enriquecimento sem Causa

Como visto, o enriquecimento sem causa permeia o entendimento quando se decide pela não aplicação ou pela aplicação “parcial” do instituto. O aspecto realmente é bastante polêmico, mas nesse ponto existe um aspecto que também parece, de certa forma, ainda obscuro quanto à separação entre a figura do “private attorney general” e o instituto dos punitive damages.

Pela figura citada, o valor da condenação acaba sendo destinado à vítima, pois o conceito legitima o agraciamento da vítima como forma de recompensá-la¹⁰⁵, além do estímulo a quem necessite para procurar o Poder Judiciário e punir aqueles que deixarem de observar o que determina o ordenamento jurídico.

No entanto, para a ordem jurídica brasileira, um “promotor público privado”¹⁰⁶ se demonstra algo muito difícil de se conceber. Além das diferenças histórico-culturais entre o Brasil e os países do common law¹⁰⁷, além de que tais funções já pertencem às atribuições do Ministério Público, através da Ação Civil Pública (art. 129, III, Constituição Federal de 1988) e que este órgão é, por princípio insculpido na Constituição Federal, uno (art. 127, § 1º Constituição Federal de 1988) e como tal todos os seus membros compõem apenas um órgão¹⁰⁸. No entanto, o private attorney general é instituto à parte dos punitive damages, que auxilia em sua instrumentalização

103 “(...) o julgador entende por aplicável o instituto da indenização punitiva, utilizando-se, inclusive, de critérios punitivos para quantificá-la, mas, quando da atribuição de valor, acaba por calcular uma indenização tão ínfima que chega até a descaracterizar os punitive damages, cujo meio para a eficácia da punição é justamente o de fazer “doer no bolso” do agente ofensor. (...) essa aplicação restrita pelo Poder Judiciário brasileiro não contribui para a eficácia dos punitive damages. Mais que isso, esse tipo de utilização configura uma verdadeira inaplicabilidade do instituto, por esvaziar sua principal característica: condenar o ofensor a uma indenização maior que o dano causado à vítima em valor suficiente e adequado para que o leve a nunca mais repetir sua conduta.

A principal causa desse esvaziamento dá-se em função de a maioria dos julgadores utilizarem a vedação do enriquecimento sem causa como principal fator impeditivo da aplicação da indenização punitiva no país, representando 81% dos fundamentos. Os demais fundamentos, pouco expressivos em termos de números, são o princípio da legalidade das penas (5%), a ausência de previsão legal que autorize a aplicação do instituto (9%) e a limitação imposta pelo art. 944 do CC/2002 (6%).” GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive Damages no Direito Brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 964, fev./2016. p. 8.

104 SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira de Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, v. 37, n. 74, p. 313, dez. 2016.

105 HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 351.

106 _____ . op. cit. ibid.

107 _____ . op. cit. p. 352.

108 FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 531.

dentro do direito anglo-saxônico. E destinando-se à vítima o montante da condenação, no Brasil, infundiria com mais força o temor do enriquecimento sem causa, e ainda mais consolidaria a tendência de se minorar o quantum fixado a título de condenação, limitando a eficiência da medida¹⁰⁹. A afirmação, no entanto, precisa que o efeito referido seja demonstrado para que possa ser tratado como mais que uma potencialidade de influxo¹¹⁰.

No Brasil, a experiência das ações civis públicas por ilícitos ambientais mostra um caminho a ser trilhado, em que o valor pago pela ocorrência dos danos é revertida à instituições que protegem ou promovem o desenvolvimento de atividades relacionadas ao bem jurídico atingido¹¹¹. Com os punitive damages não seria diferente, uma vez que sendo punição, trata-se de uma dimensão concernente a toda coletividade, dentro da guarda das relações entre partes. A função dissuasória e pedagógica estaria cumprida, destinando-se ao Estado o valor arrecadado a título de punição, tal como ocorre com as sanções pecuniárias na esfera penal. De plano, se eliminaria a litigância frívola¹¹², e afastaria os temores do enriquecimento sem causa, uma vez que, destinando-se ao Estado, o julgador não se constrangeria em arbitrar o valor da punição temendo fazer da litigância um modo de enriquecer uma das partes¹¹³.

Quanto à destinação, ainda cabe uma explicação mais detalhada. Conforme Serpa¹¹⁴, são duas as destinações mais aceitas pela doutrina para os valores de uma condenação aos punitive damages. Pela primeira, fala-se em destiná-la a uma instituição beneficente local, com aplicação analógica do art. 883, parágrafo único do Código Civil¹¹⁵. Pela Segunda, fala-se em destinar o numerário a um fundo específico para a reconstituição do patrimônio social.

Pela primeira, cabe pontuar que se tratam de entidades privadas, em todo caso. Por esse motivo, torna-se complicado verificar se os valores foram realmente destinados para o fim perseguido pela entidade, pois não estão ligadas à administração pública.

Aparenta-se, pois, que a criação de um fundo nos moldes do fundo criado para a proteção dos direitos difusos constante do art. 13 da Lei nº 7.347 de 24-07-1985 apresenta-se como opção mais viável, pois o verifica-se a possibilidade de impugnar administrativa ou judicialmente uma destinação equivocada¹¹⁶.

Em crítica a esse posicionamento, Higa¹¹⁷ afirma que um “abandono puro e simples do caráter privado da sanção” poderia produzir uma situação em que associações de defesa preferem contornar a lei para firmar acordo com os infratores, em nome do recebimento de determinada quantia. Este posicionamento pode ter seu valor na justificação na medida em que se deve cuidar para que, sendo os valores atribuídos a uma entidade, esta não possa começar

109 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 291.

110 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 376.

111 VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 85.

112 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 292.

113 _____. *op. cit.* p. 294.

114 _____. *op. cit.* p. 295.

115 “Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.” BRASIL. Lei nº 10406 de 10-01-2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acessado em: 08 set. 2019.

116 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 297.

117 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 378.

a transacionar sobre o numerário com o ofensor. No entanto, “caráter privado” para a sanção não aparenta ser exatamente algo que chegou a existir no common law, pois como já tratado, sua origem se deu em uma resposta à arbitrariedade estatal, e mesmo quando a relação ocorria entre pessoas, a separação entre direito civil e direito penal era inexistente, com os writs¹¹⁸ respondendo casuisticamente às pretensões levadas ao conhecimento do Rei. Nesse contexto, os punitive damages surgem num contexto em que direito público e privado se misturam, e o instituto carrega essa junção como característica.

A destinação a um fundo específico não tem o condão de mudar seu “caráter”, pois o próprio instituto contempla que o Estado participe de uma punição que envolva a coletividade, mesmo que seja uma punição na esfera privada.

De todo o exposto, cabe neste momento passar-se à exposição do que se concluiu das abordagens sobre o instituto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumpra agora determinar as conclusões extraídas de toda a exposição, e determinar alguns critérios balizadores da aplicação do instituto dos danos punitivos na civilística brasileira.

Verificou-se que a doutrina pátria tem uma perspectiva ainda muito centrada na perspectiva da reparação, de uma maneira que praticamente elide as outras funções que a responsabilidade civil deve ter, de um modo que gera perigo de obsolescência e ineficácia à responsabilidade civil. Os punitive damages têm o condão de avivar as funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, indo além da reparação punindo efetivamente o ofensor que cometeu o ato ilícito.

Se tem em mente tratar-se de um instituto desenvolvido em ordens jurídicas filiadas ao ramo do common law, para o qual os limites entre direito público e direito privado são mal demarcados, e que isso influencia a construção do instituto. Trazê-lo para um ordenamento filiado ao ramo romano-germânico implica adaptações, que precisam ser realizadas com bastante critério.

A ordem jurídica brasileira tem tentado inserir referido instituto, mas falha gravemente em fazê-lo em aparente falta de observância de aspectos basilares do instituto que não devem ser ignorados, como a sua autonomia em relação à compensação e aplicação de um modo que retira a capacidade dos punitive damages de efetivamente punir. Mesmo que em situações como a levantada no caso *Rookes v. Barnard* seja necessário verificar se apenas o ofensor não acaba sendo um exagero por conta das perdas que este já sofreu por seu ilícito, a punição em sede de danos punitivos não pode deixar de ser relevante, em valor que ainda permita ao ofensor considerar economicamente viável a violação do direito pela indenização que terá que pagar. O valor correspondente à uma punição deve ser suficiente para punir e prevenir, impondo pena ao ofensor e dissuadi-lo da intenção de voltar a cometer o ilícito, além de servir como exemplo a outros que também queiram realizar aquele ilícito.

*118 Para uma melhor conceituação do que são os writs, cabe mencionara a explicação dada pelo Doutor John Gilissen: “O direito desenvolveu-se na Inglaterra desde o séc. XIII, com base nesta lista de writs, isto é, das ações judiciais sob forma de ordens do rei. Em caso de litígio, era (e continua a ser) essencial encontrar o writ aplicável ao caso concreto; o processo é assim aqui mais importante que as regras do direito positivo: remedies precede rights. O common law elaborou-se com base num número limitado de formas processuais e não sobre regras relativas ao fundo do direito. É por isso que a estrutura do common law é fundamentalmente diferente da dos direitos dos países do continente europeu.” GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 211.*

Nesse ponto, deve-se remeter ao fato de que, mesmo ainda sendo uma perspectiva em ascensão, são muitas as vozes doutrinárias que observam a responsabilidade civil não mais com a reparação em primeiro plano, com a punição e a prevenção dela derivando como consequência. Já a algum tempo é algo bastante complicado conceber que em um contexto de globalização e empreendimentos gigantescos, alguns com capitais que excedem toda a riqueza produzida em alguns países, possa sentir receio de infringir normas postas por um ordenamento jurídico unicamente pelo medo de pagar algumas indenizações. O caso *Liebeck v. McDonalds* é uma evidência disso. Portanto, é nesse momento que se faz necessário falar um importante critério para a aplicação do instituto.

A consideração do elemento subjetivo, ou seja, a vontade do ofensor em cometer o ilícito se impõe como critério que demarca a responsabilização que indica quem deve reparar o dano, e a responsabilização que determina uma punição ao ofensor. Esse elemento deve permanecer em destaque sempre que se for aplicar o instituto, sob pena de desvirtuamento do instituto e que seja aplicada ao ofensor uma medida que se revela inócua, na prática.

O mais evidente dos medos dos que aplicam o instituto reside em um aspecto que ronda os punitive damages como um fantasma, que não raras são as vezes que é invocado por quem se lança contra o instituto. Trata-se do enriquecimento sem causa, cujo perigo, em tese, pode ser anulado dentro do direito civil pátrio pelos mecanismos que ele mesmo já conferiu, como quando permite a existência de um fundo específico para destinação das indenizações pagas em sede de Ação Civil Pública. Não é necessário que, com os punitive damages, sejam também trazido o “promotor público privado” (*private attorney general*) do direito anglo-saxônico, uma vez que são institutos diferentes e que este serve às necessidades de aplicação dos danos punitivos dentro das ordens jurídicas do direito anglo-saxônico. No direito civil pátrio, considerando-se as especificidades da ordem jurídica brasileira, a melhor destinação das verbas a título de danos punitivos é a criação de um fundo específico para a reparação dos abalos que aquele ilícito tenha causado em toda a coletividade.

No entanto, mesmo que o instituto possa ser implementado casuisticamente e se consolidar pela jurisprudência e pela doutrina, se está realizando a aplicação de uma pena, e mesmo que contida no direito civil, não deve conflitar com o princípio da legalidade. Para isso, o trabalho legislativo é imprescindível. Em vários momentos se pensou em inseri-lo no ordenamento jurídico civil brasileiro, e apenas não adentrou por força de situações alheias a qualquer objeção suscitada em sede de discussão, sendo os projetos de lei arquivados por conta do término do mandato de seus respectivos propositores. Assim sendo, o ingresso definitivo do instituto na ordem jurídica brasileira pelo caminho legislativo não é algo que deve descartado, mas tratado como o caminho ideal para a adoção do instituto no Brasil.

Com os danos punitivos, se pode contemplar uma inspiração trazida dos países do Direito Comum, um eco distante provindo de antigas épocas e costumes outros que no Brasil tem o poder de contribuir para a atualização e ampliação do alcance da responsabilidade civil, que repara, previne e pune ilícitos realizando a efetiva proteção contra ameaça de direitos mediante uma postura proativa do Poder Judiciário, possibilitada pelos punitive damages. Seu ingresso na ordem jurídica brasileira supre várias necessidades que os novos tempos impõem à responsabilidade civil, e com ela contribui para a eficiência de suas normas.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. 127 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.960 de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9F78BF4E332D6D62B445E5552A4D90B6.pr oposicoesWebExterno1?codteor=50233&filename=Tramitacao-PL+6960/2002. Acessado em; 31 Ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados: Fevereiro de 2007. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01FEV2007SUP_A.pdf#page=142. Acessado em 31 ago. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 413, de 2007. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4698452&ts=1559277655124&disposition=inline>. Acessado em: 01 set. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Diário do Senado Federal: dezembro de 2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/81887>. Acessado em; 01 set. 2019.

CHAMOUN, Ebert. Instituições de Direito Romano. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. 531 p.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 687 p.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 994 p.

ESTADOS UNIDOS. Constituição dos Estados Unidos. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acessado em: 15 Ago. 2019.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 672 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 967 p.

FEIJÓ, Arthur Nogueira. Direito Civil Punitivo: do dano moral à causa geral de multa civil. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019. 227 p.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. Punitive Damages no Direito Brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 964, p. 1-14, fev. 2016.

GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. 813 p.

HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 515 p.

INGLATERRA. Câmara dos Lordes. Voto do relator no caso Nº 1. United Kingdom House of Lords. Relator: Lord Reid. Julgado em 21 jan. 1964. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>. Acessado em: 06 ago. 2019.

INGLATERRA. Câmara dos Lordes. Voto do relator no Appeals Case 1027. United Kingdom House of

Lords. Relator: Lord Hailsham of St. Marylebone L.C. Julgado em 23 fev. de 1972. Disponível em: <http://uniset.ca/other/rossminster/broome.html>. Acessado em: 06 ago. 2019.

KIONKA, Edward J. Torts. 4. ed. Saint Paul: Thompson/West, 2006. 452 p.

LEMOS, Vinícius Silva. Dano Punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e da punibilidade do dano moral. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro. v. 2, n. 26, p. 179-201. jan./dez. 2014.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. Revista CEJ, Brasília, v. 9 n. 28, p. 15-32, jan./mar. de 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486 p.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 32. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 688 p.

REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 391 p.

ROSEVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 292 p.

SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização Punitiva. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. 386 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira de Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, v. 37, n. 74, p. 295-326, dez. 2016.

TARTUCE, Flávio. Manual de Responsabilidade Civil: Volume Único. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2018. 1625 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1244 p.

VAZ, Caroline. Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 175 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. 848 p.

Programa Sinal Vermelho, violência psicológica e formulário de avaliação de risco FRIDA: uma análise sobre a atuação repressiva estatal e o desenvolvimento de políticas públicas referentes à Lei Maria da Penha

Sinal Vermelho Program, Psychological violence and FRIDA risk evaluation data form: a study about the repressive state performance and the public policies development relative to Maria da Penha Actm

Vivian Paes Galvani

Acadêmica UNIPLAC/SC e pesquisadora voluntária no Grupo de Pesquisas - GECAL (Gênero, educação, cidadania na América Latina). <http://lattes.cnpq.br/8995172624574092>.

Mareli Eliane Graupe

Doutora em Educação e Cultura pela Universidade de Osnabrück, Alemanha; Professora da Universidade do Planalto Catarinense (UNIPLAC/SC). <https://orcid.org/0000-0003-1376-7836>



RESUMO

O presente estudo apresenta uma reflexão crítica à Lei 14.188/2021, a qual instituiu o Programa Sinal Vermelho e incluiu o tipo penal da violência psicológica no Código Penal. É analisada a eficácia do referido programa como medida de política pública, baseando-se nas diretrizes do artigo 8º da Lei Maria da Penha. Também é observada a importância do reconhecimento jurídico da violência psicológica contra as mulheres, equiparando-se à violência física. Em contrapartida, a tendência de resposta pró-criminalizante do Estado é comentada, em detrimento de ações que busquem a prevenção dos crimes relacionados à violência doméstica contra as mulheres. Finalmente, é estudado, através de uma pesquisa documental, o Formulário de Avaliação de Risco FRIDA como um importante instrumento para coibir esse problema, atendendo às especificidades do artigo 8º da Lei Maria da Penha, além de servir de fonte de pesquisa para o desenvolvimento de ações de enfrentamento à violência doméstica contra as mulheres.

Palavras-chave: programa sinal vermelho. violência psicológica contra as mulheres. formulário de avaliação de risco FRIDA. políticas públicas. Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

This study presents a critical reflection about 14.188/2021 Law, which found the Sinal Vermelho Program and included the psychological violence crime in the Penal Code. It is analysed the program efficiency as a public policy measure, basing on article 8º guidelines from Maria da Penha Act. It is also observed the importance of the juridical recognition of psychological violence against women, equating to physical violence. Otherwise, the State pro-criminalizing response trend is commented, in damage of actions that seek the crimes preventions related to domestic violence against women. Finally, it is studied, through a documental research, the FRIDA risk evaluation data form as an important device to restrain this problem, attending to the article 8º specificities from Maria da Penha Act, beyond to serve as a research source to develop confrontation acts to domestic violence against women.

Keywords: red sign program. psychological violence against women. FRIDA risk evaluation data form. public policies. Maria da Penha Act.

INTRODUÇÃO

As discussões sobre a implementação de políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica e de gênero contra as mulheres demandam interpretações atenciosas da Lei Maria da Penha. Nesse sentido, o presente estudo busca refletir a eficácia de ações providas do Poder Público, referentes à Lei 14.188/2021, como o desenvolvimento de políticas públicas, a partir das lições decorrentes da Lei Maria da Penha, e a criação de respostas jurídicas-penais a esse problema.

Inicialmente, é debatida a competência do funcionamento do Programa Sinal Vermelho, baseando-se no artigo 8º da Lei Maria da Penha que determina as diretrizes para o desenvolvimento de políticas públicas no campo da violência doméstica e de gênero contra as mulheres. É argumentado sobre a eficácia da ação, uma vez que atua somente na área repressiva do Estado.

Também é abordado o reconhecimento jurídico da violência psicológica, tendo importância por equiparar esse tipo de agressão à violência física. Entretanto, é analisado a solução

penal que o Estado fornece, sem realizar um tratamento de prevenção dos crimes de violência doméstica e de gênero.

Por fim, é examinado, através de uma pesquisa documental, o Formulário de Avaliação de Risco FRIDA, o qual foi desenvolvido para fornecer um atendimento responsável e eficaz à vítima, possuindo uma série de perguntas que individualizam o caso concreto, a fim de se buscar uma solução mais adequada pelos profissionais da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário. Ademais, o programa é correlacionado ao artigo 8º da Lei Maria da Penha, analisando sua eficácia e funcionalidade.

REFLEXÕES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFICÁCIA DO PROGRAMA SINAL VERMELHO À LUZ DO ARTIGO 8º DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei 14.188/2021 foi sancionada recentemente, em 29 de julho de 2021 e traz, como política de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, o Programa Sinal Vermelho, além de incluir o parágrafo 13º no artigo 129¹ do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), o qual acrescenta ao crime de lesão corporal a qualificadora da violência de gênero contra a mulher, com pena de reclusão de um a quatro anos, baseando-se na discriminação de gênero estabelecida pelo parágrafo 2º - A, do artigo 121², do mesmo diploma legal. Além disso, a lei também inclui um novo tipo penal no Código Penal que aborda sobre a violência psicológica contra a mulher, previsto no artigo 147-B³ do referido código normativo, e alterou o caput do artigo 12 – C⁴ da Lei Maria da Penha, passando a incorporar a violência psicológica como uma das formas de agressão contra a mulher.

O Programa Sinal Vermelho foi definido pelo projeto de lei (PL) 741/2021, o qual foi proposto pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), e é estabelecido através da integração dos Poderes Executivo e Judiciário, bem como do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos órgãos de segurança pública e das entidades privadas, segundo o artigo 2º da Lei 14.188/2021. Nesse caminho, o programa funciona como uma medida de política pública, devendo os órgãos mencionados se comunicarem quando a vítima fizer a denúncia em algum estabelecimento privado ou público que participe do programa, a qual, preferencialmente, será realizada pelo símbolo de um “X” vermelho na palma da mão. Ainda, estabelece o artigo 3º da referida lei, que as entidades que integram o programa deverão realizar capacitação dos profissionais, com a finalidade de encaminhar a vítima à delegacia da mulher ou ao atendimento competente.

O referido programa foi sancionado com base no artigo 8º, inciso VIII, da Lei Maria da Penha, o qual prevê a criação de ações articuladas pelo Estado para compor as políticas públicas da citada lei. Nesse sentido, faz-se necessário o conceito de políticas públicas, segundo Paulo Calmon e Arthur Trindade Maranhão Costa (2013, p. 11):

1 Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...) § 13. Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

2 § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

3 Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

4 Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.

O conceito de redes de políticas públicas tem um caráter inovador, porque combina conhecimentos advindos de diferentes áreas do conhecimento. Tanto a tradição “analítica” quanto a perspectiva da “governança” são incorporadas no estudo de redes de políticas públicas. Mas são trazidos também elementos que são próprios do campo das políticas públicas, da ciência política, da economia e do estudo de relações interorganizacionais. Portanto, se a abordagem de redes em geral é claramente interdisciplinar, esse tipo de abordagem se estende e se aprofunda no âmbito do estudo das redes de políticas públicas.

Assim, os mecanismos que constituem as políticas públicas devem agir nas variadas áreas, desde que ajudem a sanar determinado problema social ou sejam eficientes para diminuir sua proliferação. Ainda, segundo Calmon e Costa (2013, p. 11), esse entendimento de políticas públicas confirma o Estado como sendo ente ativo na sociedade, não podendo se manter distante ou acima da população, pois:

Dada essa posição estratégica e mediante a utilização dos seus recursos de poder, o governo teria a possibilidade de dirigir a sociedade no sentido de gerar iniciativas que promovessem o bem comum. Essas iniciativas, materializadas na forma de políticas públicas e programas governamentais, seriam concebidas e implementadas a partir de critérios técnicos e racionais (...).

Nesse contexto, em relação à problemática da violência de gênero contra as mulheres, segundo o caput do artigo 8^o da Lei Maria da Penha, as políticas públicas não são restritamente executadas pelo Estado, como estabelecido pelo programa Sinal Vermelho, no qual é previsto “que Organizações Não Governamentais, Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público, fundações, imbuídas de poder público e legitimidade governamental, as executem” (SOUZA, 2016, p. 10).

Entretanto, apesar do referido programa se encaixar como política pública, uma vez havendo ações interdisciplinares, tendo sua origem, inclusive, desenvolvida por integrantes do Poder Judiciário brasileiro, a sua eficácia pode e deve ser questionada. Como abordado acima, as políticas públicas servem de mecanismos elaborados através de estudos técnicos nas diversas áreas de conhecimento humano, devendo ser implementadas a fim de cessar ou diminuir algum problema social em específico, em busca do bem-estar da sociedade.

Ocorre que, mesmo sendo esse Programa um facilitador, tanto para as vítimas da violência doméstica quanto para os órgãos integrantes desse Programa, uma vez que ajuda na atuação repressiva do Estado, com o imediato acionamento das autoridades policiais, ele, porém, age somente na área repressora estatal. Isso significa que o programa carece de atenção às demais diretrizes enunciadas pelos incisos do artigo 8^o da Lei Maria da Penha, mesmo respeitando o inciso VI⁶ do artigo em comento, não mostrando eficiência na rede de proteção que deve ser garantida à mulher vítima de violência.

Este artigo é de suma importância para efetividade da lei em comento, à medida que mobiliza as diferentes vertentes da sociedade em prol de um objetivo em comum, coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. (...) compreende-se que sua função é de natureza programática, ou seja, se presta como bússola ao Poder Público, orientação, pois apresenta exatamente quais questões devem ser abordadas e de que forma devem ser abordadas, a médio e longo prazo, com o intuito supremo de libertar as mulheres vítimas de violência doméstica do ciclo perverso ao qual se encontram subjugadas. (SOUZA, 2016, p. 39)

5 Art. 8^o A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes (...).

6 VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

Dessa maneira, ressalta-se a ausência de programas, mecanismos e políticas que busquem prevenir, reeducar e retirar tanto a vítima quanto seu agressor do ciclo de violência, como a promoção de programas educacionais, campanhas de prevenção da violência doméstica e difusão da lei para toda a sociedade, a fim de proliferar a conscientização da proteção aos direitos humanos das mulheres.

RECONHECIMENTO JURÍDICO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA AS MULHERES E SEUS DESDOBRAMENTOS

Desde a criação da Lei Maria da Penha, em seu artigo 7º, inciso II⁷, o legislador já reconheceu a violência psicológica como uma das violências referentes ao meio doméstico, principal cenário no qual ocorre a violência de gênero contra as mulheres. Entretanto, até a entrada em vigor da Lei 14.188/2021, inexistia um tipo penal que criminalizava a violência psicológica em específico.

Anteriormente, apesar da orientação do artigo 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha, a qual reconhece as variadas formas de violência doméstica, sendo física, psicológica, moral, sexual ou patrimonial, o conceito de violência de gênero contra as mulheres era somente introduzido na seara criminal quando da ocorrência de ofensa física contra a vítima. Nesse sentido, Isadora Vier Machado (2013, p. 79) analisa o tratamento dos tipos de violência na esfera penal, precedente à Lei 14.188/2021:

É interessante acompanhar as divergências presentes na doutrina do Direito Penal, ao analisar o tipo penal em questão por constatar que, se de um lado, admite-se prioritariamente que a lesão corporal, na modalidade violência doméstica, não abrange ofensas de caráter moral ou psicológico, por outro, tais ofensas são largamente reconhecidas.

Portanto, o bem jurídico tutelado no Código Penal até a chegada da lei em comento era a integridade física da mulher, limitando a responsabilidade penal do agressor aos tipos penais concernentes a ofensas corporais na vítima. Com isso, a entrada em vigor da Lei 14.188/2021, a qual incluiu o artigo 147-B no Código Penal, passou a implementar o inciso II do artigo 7º da Lei Maria da Penha, criando a responsabilidade na esfera penal à violência psicológica, vide:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Ressalta-se que a Lei Maria da Penha, por si só, não responsabiliza criminalmente os agressores, conforme os tipos de violências elencados pela mesma, mas sim é uma fonte de direções e sentidos para formalizar e adequar os eventuais crimes que forem criados a partir desse dispositivo legal. Assim sendo:

7 Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: (...) II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (...)

Diante da dimensão pedagógica com a qual estamos lidando, já se sabe que, para que, tecnicamente, uma conduta seja considerada crime, deve ser dotada de uma estrutura jurídica específica, que inclui a previsão de uma ação ou omissão, contrária ao Direito e pela qual o agente tenha condições mínimas de responder penalmente. (MACHADO; GROSSI, 2012, p. 97)

Diante do processo de judicialização⁸ da violência psicológica, é inegável o avanço do reconhecimento dessa forma de violência como sendo relevantemente grave, assim como a violência física, formalizando a orientação trazida pela Lei Maria da Penha e firmando as condutas que constroem, manipulem, humilhem, ridicularizem a mulher, entre as demais previstas no artigo 147-B do Código Penal. Dessa forma, enfatizam Isadora Vier Machado e Miriam Pillar Grossi (2012, p. 97-98): “O reconhecimento das violências psicológicas veio a exultar este bem jurídico, qual seja, a integridade psicológica, firmando sua real importância para as mulheres em situação de violências.”

Entretanto, é importante observar a tendência da leitura criminalizante da Lei Maria da Penha, em desfavor das medidas de prevenção, educação e combate efetivo à violência de gênero contra as mulheres, a fim de assegurar os preceitos lecionados no artigo 8º dessa legislação, como ocorreu no desenvolvimento da Lei 14.188/2021, criando o programa Sinal Vermelho, no qual facilita a atuação repressiva do Estado, e alterando o Código Penal, adicionando mais um tipo penal à legislação. Nota-se, portanto, que a Lei Maria da Penha “moldou o caráter pró-criminalizante dos mecanismos de prevenir e resolver esses conflitos e resumiu a Lei ao tipo de combate essencialmente penal.” (GALVANI, 2021, p. 281)

Nesse ínterim, o reconhecimento jurídico da violência psicológica é importante para equiparar esse tipo de violência como sendo tão gravosa quanto a violência física, respeitando, de fato, os ensinamentos lecionados pela Lei Maria da Penha. Ocorre que o contexto da violência, principalmente da violência doméstica, é delicado e demanda ações interdisciplinares mais eficientes para buscar a sua solução, não podendo ser resumido às especificidades jurídicas-legais.

(...) depreende-se que o desenvolvimento da judicialização cria polaridades no campo dos conflitos interpessoais, resultando na configuração de uma tendência de criminalização na análise da violência conjugal, por exemplo, a partir do estigma de vítima-agressor ou na figura jurídica do “réu.” (GALVANI, 2021, p. 280 *apud* RIFIOTIS, 2004 *apud* RIFIOTIS; VIEIRA, 2012)

As ações de combate efetivo à violência doméstica por meio de políticas públicas estão previstas no artigo 8º do Título III – Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar -, capítulo I – Das medidas integradas de prevenção –, no qual são listadas variadas diretrizes que dão norte às ações desenvolvidas, tanto pelo Estado quanto pelos entes privados. A seguir, será abordado a utilização do Formulário de Avaliação de Risco FRIDA como meio de promoção de pesquisa e informações relevantes para auxiliar no enfrentamento da violência doméstica.

⁸ Utiliza-se aqui o conceito de judicialização de Theophilos Rifiotis (2012), identificando-se como o privilégio das leituras jurídicas para resoluções de conflitos pessoais, em detrimento de outras formas de soluções.

ANÁLISE DOCUMENTAL SOBRE O FORMULÁRIO DE AVALIAÇÃO DE RISCO FRIDA E SUA EFETIVIDADE CONFORME O ARTIGO 8º DA LEI MARIA DA PENHA

No final do ano de 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), juntamente com o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e com o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) firmaram um acordo de cooperação para atualizar e implementar uma Avaliação Nacional de Risco, utilizada para atender as vítimas de violência doméstica de modo mais eficiente, assim como serve como fonte de pesquisa e levantamento de dados, a fim de facilitar o emprego de medidas de prevenção à violência doméstica e de gênero contra as mulheres.

O Formulário de Avaliação de Risco FRIDA foi desenvolvido através da integração de peritos técnicos-científicos do Brasil e da União Europeia com o intuito de servir de apoio aos profissionais que atuam nos órgãos competentes para o combate à violência contra a mulher, como os policiais e os agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário. O documento também serve como fonte de estudos, uma vez que, a partir da sua utilização, é possível visualizar as principais motivações dos agressores, assim como as causas de repetição da violência. Segundo os autores do formulário:

As iniciativas existentes decorrem de um longo debate em torno dos fatores de risco presentes em contextos de violência doméstica e familiar e da necessidade de criação de instrumentos e metodologias que ajudem a prever a possibilidade da repetição da violência e das ameaças contra a vida das mulheres. (BRASIL, 2019, p. 11)

A utilização do formulário ainda foi sancionada como norma em maio de 2021, pela Lei 14.149/2021, a qual confirma em seu artigo 2º, parágrafo 2º, o emprego do documento no momento do registro da ocorrência de violência doméstica, pelas autoridades policiais, ou ainda pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário, assim que houver o primeiro atendimento à vítima. Ademais, no parágrafo 3º do mesmo artigo, é observada a possibilidade do uso desse formulário por outros entes públicos e privados que atuem nas ações de prevenção e enfrentamento à violência de gênero contra a mulher.

No processo de criação do referido formulário, os desenvolvedores usufruíram de documentos internacionais que possuem a mesma proposta de avaliação de risco, entretanto, moldaram as abordagens para se ajustarem à realidade brasileira, tendo em vista os fatores sociais, culturais e econômicos, buscando uma melhor eficiência da utilização desse instrumento.

O modelo de avaliação de risco do Brasil foi articulado tanto para colher o nível de risco da situação da vítima de forma técnica, quanto para considerar, de modo mais subjetivo, a sensibilidade da mulher e dos profissionais, priorizando a vítima como centro da avaliação. Conforme a explicação dos autores:

Essa abordagem consubstancia-se, por um lado, num instrumento que define os indicadores de risco a serem levados em consideração e que informação deve ser recolhida. Por outro lado, a experiência e a sensibilidade dos(as) profissionais são também consideradas, e a mulher é colocada no centro da avaliação, com a sua situação e o seu contexto específicos. Adicionalmente, considera-se ainda como fundamental a percepção da mulher relativamente ao risco que corre, uma vez que é ela a especialista no seu próprio caso. (BRASIL, 2019, p. 24)

Esse estilo de abordagem, a qual prioriza e dá atenção à palavra e aos sentimentos da

mulher em situação de violência, é um exemplo aplicado do reconhecimento da vítima como sujeito de direito, como um ser capaz e independente, distanciando a mulher de uma personagem conformista e submissa. Essa forma de tratamento também ajuda a dar segurança à mulher vítima de violência, fazendo-a se sentir acolhida e atendida durante a aplicação do formulário.

O Formulário de Avaliação de Risco FRIDA é formado por 19 perguntas, quando o atendimento é realizado presencialmente pelo profissional competente, e pelo formulário sintético, utilizado nos atendimentos feitos pela Central de Atendimentos à Mulher – Ligue 180, o qual é menos detalhado e mais célere. Ambos têm por objetivo coletar as informações referentes a situação de violência em que a mulher se encontra e, com isso, estabelecer o grau de risco do cenário avaliado.

O questionário é baseado nos indicadores de risco concernentes à vítima, ao agressor e ao contexto. Há perguntas relacionadas a existência ou não de filhos em comum, se a mulher se encontra grávida, se a frequência de violência está aumentando no último mês, se o agressor persegue a vítima/demonstra ciúme excessivo, se a mulher já foi agredida anteriormente, se houve tentativa de feminicídio, se o casal está separado ou se a mulher tem intenção de se separar, dentre as demais perguntas.

Dependendo das respostas ao questionário, as quais são assinaladas com “sim”, “não”, “não sabe” ou “não se aplica”, o profissional poderá realizar a avaliação de risco, a qual vai apontar, ao final, se o risco é elevado, médio ou baixo. Os autores definem cada nível de risco da seguinte forma:

Risco baixo: “os itens assinalados não indicam, em primeira análise, a probabilidade da ocorrência de ofensas corporais graves ou de homicídio a curto prazo (...)”. Risco médio: “estão presentes fatores de risco que podem constituir perigo real de ofensa corporal grave/homicídio se existirem mudanças no contexto ou nas circunstâncias (...)”. Risco elevado: “refere-se à existência de fatores de risco que denotam a probabilidade de ocorrer a prática de ofensa corporal grave ou homicídio a qualquer momento.” (BRASIL, 2019. p. 25 *apud* MOURA, 2016)

Esse resultado que define o risco de cada situação concreta permite a tomada de determinadas medidas pelo Estado, desde a aplicação de medidas protetivas e dos procedimentos previstos no artigo 11^o da Lei Maria da Penha até a possibilidade de realização de estudos para melhorar as respostas institucionais, com a finalidade de reduzir a incidência de crimes no contexto doméstico e familiar (BRASIL, 2019, p. 25).

Na visão interpretativa do artigo 8^o da Lei Maria da Penha, o qual institui diretrizes que deverão ser respeitadas na articulação de políticas públicas, percebe-se que o desenvolvimento do formulário em questão atende às demandas estabelecidas pela Lei Maria da Penha, pois integra desde ações das autoridades policiais, do Ministério Público e do Poder Judiciário, uma vez que avalia a situação e defere as medidas adequadas para cada caso concreto, até a promoção de estudos, estatísticas e pesquisas que ajudam no desenvolvimento de projetos que buscam coibir a violência de gênero contra as mulheres.

9 Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências: I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário; II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal; III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida; IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar; V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis, inclusive os de assistência judiciária para o eventual ajuizamento perante o juízo competente da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável.

Além do Formulário de Avaliação de Risco FRIDA atender os pressupostos para a criação de ações que visam o combate à violência doméstica e familiar, convencionados na Lei Maria da Penha, ele também é um exemplo de funcionalidade de política pública, pois abrange um conjunto de condutas multidisciplinares, pensadas e implementadas pelo Estado. Na definição Paulo Calmon e Arthur Trindade Maranhão Costa (2013, p. 15):

Redes de políticas públicas são um conjunto de relacionamentos entre atores heterogêneos e interdependentes, que atuam em um mesmo subsistema de políticas públicas a partir de uma determinada estrutura de governança, composta por regras formais, informais e maneiras e formas de interpretá-las e implementá-las.

Portanto, em relação à eficácia do formulário, demonstra-se que, além de ser um examinador cauteloso para identificar os problemas e as causas de cada caso concreto, firmando seu tratamento individual e distanciando a tendência de padronização feita pelo Poder Judiciário, ele ainda serve como fonte de estudo e pesquisa, possibilitando e facilitando a criação de futuras políticas públicas que quebrem o ciclo de violência e trabalhem na prevenção dos crimes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, o presente trabalho abordou sobre a entrada em vigor da Lei 14.188/2021, a qual institui o programa Sinal Vermelho e faz alterações no Código Penal, adicionando uma nova qualificadora de violência de gênero contra a mulher ao artigo 129 e um novo artigo, 147-B, que estabelece a violência psicológica. Além disso, a lei também modificou o caput do artigo 12-C da Lei Maria da Penha, firmando a violência psicológica entre os tipos de acometimentos contra a mulher. Finalmente, também foi citado o Formulário de Avaliação de Risco FRIDA, analisado conforme o artigo 8º da Lei Maria da Penha.

No decurso da pesquisa, observou-se as reflexões acerca da eficácia do Programa Sinal Vermelho, com base nas diretrizes prescritas pelo artigo 8º da Lei Maria da Penha, gerando o questionamento se as ações do referido programa agiriam além da área repressiva estatal, não trabalhando, portanto, com medidas de prevenção ou formando uma rede de proteção adequada à mulher em situação de violência.

Ainda, é discutida a implementação do artigo 147-B do Código Penal, o qual trata sobre a violência psicológica contra a mulher. Constata-se a importância do reconhecimento jurídico da violência psicológica, tratando-a com a mesma seriedade que a violência física. Entretanto, argumenta-se a tendência criminalizadora das leituras jurídicas perante a Lei Maria da Penha, ignorando as políticas e estudos sobre prevenção dos crimes praticados no contexto da violência doméstica e familiar.

De outro norte, também é citado o Formulário de Avaliação de Risco FRIDA, o qual foi instituído pela Lei 14.149/2021 e apresenta uma série de condutas e orientações que possibilita a aplicação de medidas de proteção à mulher em situação de violência, conforme a avaliação de cada caso concreto. Além disso, o documento também serve como fonte de pesquisas e estatísticas que auxiliam na criação de novas políticas que objetivam trabalhar a prevenção da violência de gênero contra as mulheres.

Ao longo do trabalho, denota-se a importância da reflexão interdisciplinar nas ações de enfrentamento da violência de gênero contra as mulheres, devendo-se buscar articulações que

promovam a educação ética sobre os direitos humanos das mulheres, além de buscar formar uma rede de proteção em volta da mulher que se encontra em situação de violência. Assim, a resposta essencialmente penal do Estado mostra-se ineficaz para quebrar o ciclo de violência, agindo somente quando a violência atinge um nível máximo, em vez do Estado estar presente na promoção de programas de prevenção das violências de gênero e de valorização da dignidade humana das mulheres.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 14.188, de 28 de julho de 2021. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.188-de-28-de-julho-de-2021-334902612>. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 741, de 28 de julho de 2021. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher. Brasília: Câmara dos deputados, 2021. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/cursos/pos-graduacao/mestrado-em-poder-legislativo/orientacoes-aos-discentes/ComoCitareReferenciar_2020.pdf. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. Formulário de avaliação de risco FRIDA: um instrumento para o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2019. Disponível em: *FRIDA_2_WEB.pdf (cnmp.mp.br). Acesso em: 04 set. 2021.

BRASIL. Lei 14.149, de 05 de maio de 2021. Institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, a ser aplicado à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: LEI Nº 14.149, DE 5 DE MAIO DE 2021 - LEI Nº 14.149, DE 5 DE MAIO DE 2021 - DOU - Imprensa Nacional. Acesso em: 04 set. 2021.

CALMON, Paulo; COSTA, Arthur Trindade Maranhão. Rede e governança das políticas públicas. Revista de Pesquisa em Políticas Públicas, Brasília, ed. 1, p. 1-29, julho/2013. DOI: 10.18829/rp3.v0i1.9126. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rp3/article/download/11989/10510/21620>. Acesso em: 05 set. 2021.

GALVANI, Vivian Paes; GRAUPE, Mareli Eliane. Judicialização das Relações Sociais: Uma análise do processo judicializante da Lei Maria da Penha à luz de Theophilos Rifiotis. Revista Direito em Debate,

Ijuí/RS, vol. 30, n. 55, p. 278-285, jan./jun. 2021. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.278-285>. Disponível em: JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS: UMA ANÁLISE DO PROCESSO JUDICIALIZANTE DA LEI MARIA DA PENHA À LUZ DE THEOPHILOS RIFIOTIS | Revista Direito em Debate (unijui.edu.br). Acesso em: 06 set. 2021.

MACHADO, Isadora Vier; GROSSI, Miriam Pillar. Historicidades das violências psicológicas no Brasil e judicialização, a partir da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Revista Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre, ano 6, n. 21, p. 84-104, out./dez. 2012. Disponível em: *Microsoft Word - 13 - Doutrina Nacional 3_OK (ufsc.br). Acesso em: 06 set. 2021.

MACHADO, Isadora Vier. Da dor no corpo à dor na alma: uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha. UFSC, Florianópolis, 2013. Disponível em: *Isadora Vier Machado (ufsc.br). Acesso em: 06 set. 2021.

RIFIOTIS, Theophilos. As delegacias especiais de proteção à mulher no Brasil e a “judicialização” dos conflitos conjugais. In: RIFIOTIS, Theophilos; VIEIRA, Danielli (org.). Um olhar antropológico sobre violência e justiça: etnografias, ensaios e estudos de narrativas. Florianópolis. Ed. da UFSC, 2012, p. 27-56.

SOUZA, Muriel Gonçalves. Políticas Públicas e Lei Maria da Penha: a aplicabilidade do artigo 8º da Lei 11.340/2006 como suporte para o rompimento do ciclo de violência doméstica contra a mulher. FURG, Rio Grande, 2016. Disponível em: Muriel Gonçalves Souza_4300364_assignsubmission_file_Trabalho de Conclusão Muriel G. Souza com Alterações Banca 3110.pdf (furg.br). Acesso em: 06 set. 2021.

A importância do advogado no processo administrativo disciplinar— PAD: uma breve análise sobre a relevância da defesa técnica como forma de paridade entre a administração pública e o investigado

Elane Ferreira Oliveira



RESUMO

Por meio de um levantamento bibliográfico, a pesquisa versa sobre a importância de uma defesa técnica qualificada, esta entendida como sendo realizada por um advogado, no processo administrativo disciplinar (PAD). Por conseguinte, é analisada a súmula de nº 343 do STJ e a súmula vinculante nº 5 do STF, responsáveis pelas divergências presentes na doutrina a respeito da presença de defesa técnica em todas as fases do PAD. Como resultado, destaca-se a importância da figura do advogado para que haja paridade entre as partes processuais, atentando-se para a imparcialidade no decorrer do processo e aos princípios constitucionais de ampla defesa e do contraditório.

Palavras-chave: processo administrativo disciplinar. comissões. ampla defesa e contraditório. Súmula nº 343. Súmula Vinculante nº 5.

ABSTRACT

Through a bibliographic survey, the research deals with the importance of a qualified technical defense, this understood as being carried out by a lawyer, in the disciplinary administrative process (PAD). Therefore, the summary of No. 343 of the STJ and the binding summary of No. 5 of the STF are analyzed, responsible for the divergences present in the doctrine regarding the presence of technical defense in all phases of the PAD. As a result, the importance of the figure of the lawyer is highlighted for there to be parity between the procedural parties, taking into account the impartiality in the process and the constitutional principles of wide defense and contradiction.

Keywords: disciplinary administrative process. commissions. broad defense and contradictory. Summary No. 343. Binding Summary No. 5.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar entendimentos sobre a dispensabilidade ou indispensabilidade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar (PAD) a luz da plenitude do princípio constitucional de ampla defesa. Dessa forma, busca-se compreender a seguinte problemática. Diante de um processo administrativo disciplinar, o servidor público, considerando o grau de instrução e cargo ocupado, teria domínio de técnicas e conhecimentos específicos para a sua defesa? A ausência da defesa técnica no PAD prejudicaria a Tutela Processual?

Esta pesquisa tem como objetivo dar visibilidade a importância da presença do advogado no processo administrativo disciplinar (PAD), entendendo este fator como sendo de fundamental importância não somente para os casos considerados de grande complexidade, como também para os casos considerados pela administração pública como menos complexos, assegurando para o servidor indiciado o princípio constitucional de ampla defesa. Nessa perspectiva infere-se a pertinência do tema que gera divergências nos tribunais superiores e entre os doutrinadores da área do direito administrativo.

Depreende-se que a presença de uma defesa técnica qualificada, sendo esta realizada exclusivamente por um advogado, em todas as fases do processo administrativo disciplinar, contribui para que haja paridade entre as partes processuais (Administração Pública e o servidor público indiciado), afastando as possibilidades de que o processo no decorrer do seu tramite seja

eivado por vícios e assegurando ao servidor indiciado que seus direitos estarão preservados.

Como hipótese avalia-se que as divergências predominantes na jurisprudência do direito administrativo no que tange sobre a presença do advogado em todas as fases do Processo Administrativo Disciplinar ganharam mais forças com a edição da súmula vinculante de nº 5 do STF, na qual a mesma teria sido editada com o intuito de apaziguar os conflitos pertinentes sobre o fator de que a presença ou ausência da defesa técnica gerariam nulidade ao processo administrativo disciplinar.

Tendo em vista a relevância do tema é que se propõem tecer primeiramente uma reflexão sobre a previsão legal contida na Constituição Federal de 1988 sobre a temática abordada, analisando os conceitos de processo administrativo disciplinar na lei de nº 8.112/90 e na lei de nº 9.784/90, as quais regem sobre o processo administrativo disciplinar para os agentes públicos pertencentes no âmbito federal. Esta reflexão se faz necessário para que haja um entendimento sobre como estas duas leis operam ao que tange sobre o regime disciplinar de seus servidores.

Por conseguinte, são analisados as comissões processantes, podendo estas ser realizadas por meio de um Processo Administrativo Disciplinar (PAD), Sindicância Investigativa e Processo Administrativo Disciplinar de Rito Sumário. Estas são as modalidades de instrumento formal para que haja a averiguação de possíveis ilícitos administrativos, cometidos pelo servidor da administração pública, ou seja, para que haja a aplicação de sanções cabíveis e necessárias às infrações administrativas, sendo assim, a formação de uma comissão processante é fator obrigatório.

Por fim, no terceiro capítulo será analisada a Súmula de nº 343 do Supremo Tribunal de Justiça, editada em 14 do mês de setembro de 2007, que versa sobre a presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar e a Súmula Vinculante de nº 5 do Supremo Tribunal Federal, editada em 09 do mês de abril de 2008, que versa sobre a dispensa da obrigatoriedade de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar.

METODOLOGIA

Para alcançar os objetivos propostos a metodologia aplicada para dar luz a estes questionamentos teve como base um levantamento bibliográfico sobre temas e autores/doutrinadores que explanam sobre a temática abordada. Para tanto, também foram analisadas as leis de nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) e a de nº 9.784/99 (Processo Administrativo Federal), a Constituição Federal de 1988, a Súmula nº 343 do STJ e a Súmula Vinculante nº 5 do STF.

RESULTADO E DISCUSSÃO

Previsão Legal Na CRFB/88 e o conceito de PAD na Lei 8.112/90 E 9.784/99

A administração pública é o conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado, que visam satisfazer as necessidades da sociedade. Podendo ser definida como gestão dos interesses públicos por meio de prestação de serviços públicos, tendo a estrutura dividida em administração

direta e administração indireta, objetivando nas prestações destes serviços a garantia do bem-estar social, na defesa do interesse coletivo e do interesse público. Para que haja um desempenho adequado do papel que compete à administração pública, o ordenamento jurídico confere a ela poderes e deveres.

A Administração Pública Direta é composta por pessoas jurídicas de direito público, ou por pessoas físicas, entes que possuem personalidade jurídica própria. Os entes que fazem parte são: União, Estados, Distrito Federal, e Municípios. Sendo estas pessoas jurídicas do direito público que exercem atividades administrativas por meio dos órgãos e agentes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A Administração Pública Indireta, por sua vez, é composta por pessoas jurídicas próprias, sendo do Direito Público ou do Direito Privado, que executam as atividades do estado por meio da descentralização administrativa, os entes que fazem parte dela são: Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista, e Empresas Públicas.

Na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37 está expresso que tanto a Administração Pública Direta, como também a Administração Pública Indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, DF e Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Diante destes princípios constitucionais é que o processo administrativo deverá ser realizado.

Deste modo a Administração Pública também é estruturada por agentes públicos, sendo estes, toda pessoa física que exerce, ainda que de forma transitória ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação, ou qualquer outra forma de investidura, vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública, divididos em: agentes políticos, agentes administrativos, e particulares em colaboração com o poder público.

No que se referem aos agentes administrativos, estes podem ser definidos de acordo com o ordenamento jurídico do direito administrativo, como pessoas que exercem atividade pública de natureza profissional, de forma permanente e com o recebimento de remunerações, estando sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico estabelecido de acordo com o ente ao qual estão vinculados. Os cargos públicos estão presentes na administração Direta da União, estados, DF, e Municípios. Os empregos públicos são os que estão presentes nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

A Lei 8.112/90 é a que instituiu o regime jurídico dos servidores públicos civis pertencentes da União, das autarquias federais, incluindo também as que se encontram em regime especial, e das fundações públicas federais. Ressalta-se que tanto as empresas públicas, como as sociedades de economia mista, não são regidas por esta devida lei.

A referida Lei versa sobre: as formas de provimento de cargo público, as regras aplicadas ao acesso destes cargos, as suas formas de vacância, os direitos e vantagens dos servidores públicos civis federais, formas de deslocamento dos servidores, licenças e concessões, formas de afastamento, regime disciplinar com deveres e proibições aos servidores públicos civis federais, acumulação de cargos, e sobre o processo administrativo disciplinar. De modo geral, aborda de forma regimental da vida funcional do servidor público civil federal.

De acordo com a devida lei de nº 8.112/90, o servidor estável só perderá o seu cargo nas

seguintes hipóteses: em sentença judicial transitado em julgado e por meio do processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurado ampla defesa. Enquanto que de acordo com a Constituição Federal de 1988, a perda do cargo se dá por além dessas duas formas, como também pelo procedimento de avaliação periódica do desempenho, na forma de lei complementar, assegurando ampla defesa.

A lei de n. 8.112/90 é a que instituiu o regime jurídico dos servidores públicos civis pertencentes da União, das autarquias federais, incluindo também as que se encontram em regime especial, e das fundações públicas federais. Ressalta-se que tanto as empresas públicas, como as sociedades de economia mista, não são regidas por esta devida lei.

As fases do PAD, segundo a Lei 8.112/90, se desenvolve em três etapas, sendo elas: a instauração da comissão, com a publicação do ato que a constitui; inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; e o julgamento. O prazo para a conclusão não deverá exceder a 60 dias, sendo estes contados a partir da data de publicação do ato que vier a constituir a comissão, sendo permitida a prorrogação por igual prazo, somente nos casos em que as circunstâncias assim o exigirem. Por conseguinte, a Lei 9.784/99 (Processo Administrativo Federal), constitui as regras gerais deste processo no âmbito federal, regulamentando assim o processo administrativo federal, contendo normas aplicáveis a todos os atos administrativos.

Gabriel e Silva (2005) definem o processo administrativo como sendo uma série de atos que são coordenados entre si, destaca ainda a abordagem de Nelson Nery Costa, ao definir que há uma distinção entre o processo administrativo e o procedimento administrativo, sendo este o rito pelo qual se desenvolve o processo, e aquele um conjunto ordenado de atos que manifestam funções públicas. Na Lei Federal de n. 9.784/99 a expressão utilizada é processo administrativo, termo este que também é utilizado pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LV.

Ressalta-se que o processo administrativo disciplinar, no âmbito da administração pública, não possui como objetivo único e exclusivo a aplicação de sanções para os seus agentes públicos, mas sim um levantamento para a averiguação das denúncias de possíveis irregularidades cometidas pelos servidores da repartição pública, valendo-se dos princípios constitucionais expressos e os implícitos para que haja a legalidade dos atos em todo o processo administrativo.

Deste modo, é possível perceber que cada uma das leis que regem sobre o processo administrativo disciplinar para os agentes públicos no âmbito federal, possuem suas peculiaridades e características, onde uma não anula a outra, mas ambas visam de forma igualmente por meio do processo administrativo disciplinar (PAD) a averiguação dos fatos para os devidos esclarecimentos e punições nos casos em que assim exigir, objetivando a proteção dos administrados e ao cumprimento dos fins da administração pública. Pontua-se que como regra geral aplica-se a Lei de nº 8.112/90, e de forma subsidiária a lei de nº 9.784/99 para o processo administrativo disciplinar, chamado também de PAD.

O papel das comissões processantes

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD), assim como a Sindicância Investigativa e o Processo Administrativo Disciplinar de Rito Sumário, são modalidades de instrumentos para a apuração de ilícitos administrativos, sendo, portanto, um instrumento formal pelo qual a administração pública apura a possível existência de infrações administrativas praticadas pelos

servidores da própria administração, e no caso da existência é aplicado às sanções pertinentes aos servidores. A responsabilidade do servidor da administração pública se dá pelo exercício irregular de suas atribuições, o qual poderá responder nas esferas: administrativa, civil (obrigação de reparar o dano), e penal (envolve crimes de contraversões imputadas ao servidor, nesta qualidade).

Assim, o processo administrativo disciplinar instaurado para a averiguação de possíveis infrações cometidas pelos servidores público da administração, é dividido em duas fases: a primeira consiste na sindicância, que é o processo administrativo disciplinar propriamente dito, podendo também ser entendido como a etapa onde é apurada a autoria da infração ou irregularidade e a existência da mesma, lembrando que essas irregularidades precisam ter sido feitas dentro da Administração Pública.

O processo administrativo disciplinar (PAD), assim como a sindicância investigativa, é um instrumento para apuração de ilícitos administrativos e constitui as aplicações de punições consideradas no âmbito da administração pública, como sendo mais graves, como: a suspensão acima de 30 dias ou a demissão do agente público, cassação de aposentadoria, improbidade administrativa, entre outras penalidades. O servidor acusado tem total garantia do contraditório e ampla defesa. A comissão do Processo Administrativo Disciplinar (PAD) realizará as funções de investigação aos fatos e a apresentação de um relatório final conclusivo ao final das investigações, o qual constará sobre as procedências ou não das acusações, os quais serão analisados pela autoridade competente julgadora. A conclusão para o PAD não excederá a 60 (sessenta) dias, sendo contados a partir da publicação do ato que constitui a comissão, sendo admitida a sua prorrogação quando as circunstâncias exigirem, por igual prazo de 60 (sessenta) dias.

Deste modo, a comissão do de Rito Sumário, deverá lavrar em até três dias o termo de indicição, após a publicação do ato que a constituir, o qual promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata para apresentar defesa escrita, no prazo de cinco dias, sendo assegurada ao servidor a vista do processo na repartição. Por conseguinte, a apresentação da defesa, será elaborado pela comissão o relatório conclusivo referente a inocência ou a responsabilidade do servidor, o que será considerado as peças principais dos autos, pois, nele constará a opinião sobre a licitude, no qual indicará o respectivo dispositivo legal, e o remeterá à autoridade instauradora, para que ocorra o julgamento.

Assim, a comissão processante exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurada a ela o sigilo necessário para a elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração pública, onde as suas reuniões e audiências terão caráter reservado e deverão ser registradas em atas com os detalhes ante as deliberações adotadas, com prazo certo para a conclusão, sendo este prazo contado a partir da data de publicação do ato que constitui a comissão.

Portanto, conforme a lei de n. 8.112/1990, o processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão processante; inquérito administrativo, a fase que é dirigida pela comissão e compreende instrução, defesa e relatório; e a terceira fase que é o julgamento pela autoridade competente.

Conforme os preceitos legais, para que ocorra a abertura do processo administrativo é necessário em sua constituição que haja três servidores estáveis, sendo estes designados pela

autoridade competente, sendo fator necessário para esses servidores que sejam ocupantes de cargos efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter escolaridade igual ou superior ao do indiciado. A comissão terá como secretário o servidor que for designado pelo seu presidente, porém, não poderá fazer parte da comissão de inquérito ou sindicância o cônjuge, companheiro, ou parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

Desta forma, como destacado, a escolha parte do poder discricionário, sendo este um poder que gera margem de escolha para o administrador competente, essa margem de escolha se refere à conveniência e oportunidade que gera o mérito administrativo, aonde ao agente público competente é dado à liberdade de escolha, mas sempre respeitando os parâmetros da lei.

Luis Thews, em sua pesquisa intitulada: “Processo Administrativo Disciplinar: a aplicabilidade do princípio do Juiz Natural na composição da comissão processante” aborda em seu terceiro capítulo sobre as: Comissões de Sindicância e de Processo Administrativo. De acordo com o autor, os servidores públicos de cargo efetivo e comissionado, possuem a garantia constitucional dentro do processo administrativo disciplinar de ampla defesa e do contraditório, no caso de julgamento por infração funcional. Sendo necessário na instauração das comissões que haja a imparcialidade como a base na busca das verdades dos fatos apresentados de forma objetiva e com fundamentos, evitando ações que impliquem em favoritismo, arbitrariedade, conveniência ou preconceito no julgamento com as partes envolvidas.

Como visto, a formação destas comissões processantes são regidas pelo poder discricionário no que diz respeito a sua formação, o que de acordo para Heidman (2014), pode acarretar em vícios de imparcialidade, arbitrariedade ou conveniência. Para tanto é destacado em seu estudo que para que o processo administrativo disciplinar se desenvolva de forma imparcial, visando em si o cumprimento da legislação vigente, da defesa do bem público e da sociedade, o ideal seria que os gestores públicos designassem comissões processantes de caráter permanente e não as comissões de caráter especial.

Pois, as comissões de caráter permanente possuem em si maior presunção de imparcialidade e neutralidade, cumprindo de forma mais rigorosa as investigações aos processos analisados, uma vez em que seus membros não estarão vinculados de forma direta ao superior a quem os nomeou, gerando assim uma autonomia na prática dos seus atos, sofrendo desta forma menos influência de gestores públicos, pois, a comissão já estaria com a sua formação pronta para as investigações, de forma anterior aos fatos/acontecimentos a serem investigados.

Ademais verifica-se que a comissão especial é criada de forma posterior aos fatos/acontecimentos que serão investigados, ou seja, criada para o caso específico. O que de acordo com Heidman (2014), como para a sua formação são nomeados servidores para investigarem o caso específico, podem vir envolvidos de vícios desde a sua formação, pois, devido à discricionariedade em que o administrador público possui, este poderá agir de má fé e usar a discricionariedade não a favor do bem público, mas sim ao seu favor, para favorecer ou penalizar o servidor investigado pela comissão processante, nomeando para a formação desta comissão somente membros específicos que atendam aos seus interesses particulares, ferindo os princípios constitucionais da impessoalidade e legalidade.

Este fato geraria interferência no trâmite do processo analisado, o que acarretaria de acordo com Heidman (2014) um relatório final que é parcial com a decisão final particular sobre

o fato investigado, uma possível alteração neste relatório, eivados com interesses particulares, seja para o favorecimento ou penalização do servidor investigado gera em si vícios ilegais.

Outro ponto destacado como negativo na escolha de uma comissão especial para a investigação dos acontecimentos/fatos cometidos ou não pelo servidor investigado, é que os membros por não possuírem dedicação exclusiva ao processo administrativo, este poderia ficar comprometido na agilidade do seu andamento, uma vez em que os membros teriam que conciliar junto com suas atividades rotineiras dentro da administração, de acordo com os seus respectivos cargos.

Podemos assim aferir a necessidade que há de alinhar a formação das comissões processantes e todos os seus atos aos princípios constitucionais, sendo estes, base para um bom funcionamento destas comissões, sejam elas permanentes ou temporárias. Mas a formação de uma comissão de caráter permanente para a averiguação de infrações funcionais se apresenta como a forma mais ágil e confiável nos tramites de investigação sem que haja o interesse particular, mas sim o interesse público.

Frisa-se que é possível perceber a importância da Comissão Processante no âmbito da administração pública e sua aplicabilidade dos princípios constitucionais expressos na Constituição Federal de 1988, podemos relacionar tais princípios à comissão processante no que se refere : na legalidade do ato; Impessoalidade nos levantamentos de fatos/indícios ou responsáveis suspeitos de infração funcional no âmbito da administração pública; Moralidade como um complemento da legalidade, pois tudo o que é legal, é moral; Publicidade aos atos da administração visando que se tornem claros e que não sobrem dúvidas sobre sua procedência; Eficiência na atuação dos membros da comissão processante buscando o melhor desempenho a fim de obter os resultados na prestação do serviço público.

Portanto, as comissões processantes representam o poder disciplinar no âmbito administrativo, e que necessita de um cuidado ao que tange na escolha dos servidores para a sua composição para que possa ser garantido a impessoalidade no decorrer do procedimento, não podendo ser visto em si como um instrumento acusatório de aplicação de sanções, mas sim como um instrumento de averiguação de fatos ou devidos responsáveis de infrações funcionais, e no caso de comprovado as investigações, ocorrerá à aplicação de sanções cabíveis aos responsáveis da autoria e/ou irregularidade.

Conflito entre a Súmula Vinculante Nº 05 do STF e a Nº 343 do STJ.

O processo administrativo disciplinar, de acordo com a lei de nº 8.112/90 é um processo de cunho obrigatório para que haja a aplicação de pena de cargo de suspensão de mais de trinta dias, demissão, cassação, aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, para os servidores estáveis do âmbito federal. Para tanto, é necessário à instauração de comissões que sejam regidas por meio da imparcialidade no tramite dos processos, para que nem o servidor e nem a administração pública sejam lesados.

E é justamente no decorrer do processo administrativo disciplinar que perpassa as divergências presentes tanto na doutrina, como na jurisprudência brasileira ao que tange sobre a necessidade de defesa técnica por advogado no processo administrativo. Estas divergências se solidificaram com a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao aprovar a Súmula Vinculante de nº

5 que expressa “a falta de defesa técnica por advogado não ofende a constituição”, alterando o entendimento que era defendido pela Súmula de nº 343, do Supremo Tribunal da Justiça ao qual especifica que “é obrigatório à presença do advogado em todas as fases do processo administrativo”.

O direito à ampla defesa é uma garantia fundamental que está assegurada pela Constituição Federal de 1988, mas que ao ser aplicado no processo administrativo disciplinar questiona-se se essa defesa é privativa do advogado ou se pode ser exercida por um agente público considerado pela administração pública, como sendo competente para exercer a função técnica nas defesas do processo administrativo disciplinar tanto para si, como também para outrem a qual lhe solicitar.

Diversos autores questionam o conceito de defesa técnica entendendo esta como sendo feito por alguém que tenha o preparo e também o conhecimento técnico jurídico, ou seja, um profissional habilitado, sendo este entendido como sendo feito por advogado regularmente inscrito na OAB (Ordem dos Advogados no Brasil), e não por servidores estáveis, os quais de certa forma não teriam o conhecimento técnico jurídico para que a ampla defesa fosse assegurada de forma efetiva nos processos administrativos disciplinares.

Campagnolli (2009) ressalta em seu estudo que a lei de nº 8.112/90 em seu artigo 153, assegura o direito ao contraditório e a ampla defesa, o que de certa forma só reafirmaria o direito expresso na Constituição Federal de 1988. Entretanto, aborda que no artigo 156 da referida lei, está expresso à presença do advogado como um fator facultativo, e não como um dever legal, ao oferecer a escolha para o administrado/servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por meio de um procurador.

Para Feres (2007) mesmo em situações consideradas de menor complexidade as quais não necessitariam em si de um advogado, podendo o próprio servidor fazer a sua defesa, nos casos em que não há o conhecimento técnico jurídico da parte desta autodefesa, de certa forma, acarretaria em uma vulnerabilidade frente ao processo legal realizado pela comissão julgadora do processo administrativo disciplinar. Sendo assim, ratifica a necessidade da presença de um advogado como expressão da garantia da ampla defesa.

Vejamos:

“(...) ao advogado não cabe o simples papel de defender o seu cliente. A ele assiste uma atribuição de promover a cidadania (...). A assistência de um advogado deve proporcionar ao acusado a certeza de que seus direitos serão resguardados e qualquer afronta a esta garantia vai de encontro ao constituinte e legislador ordinário”. (FERES, 2007, p.09).

Feres (2007) também aponta para o fato de que os servidores estáveis que forem encarregados de fazer a defesa para o servidor acusado no processo administrativo disciplinar, são em grande maioria subordinados a autoridade administrativa responsável pela apuração do processo, o que de certa forma poderia reprimir a sua atuação.

Para tanto, ressalta a necessidade da imparcialidade no decorrer do processo para a comissão julgadora, uma vez em que há o critério de discricionariedade ao detentor do poder hierárquico, com exceção dos casos considerados de complexidade mais grave, aonde o mesmo de acordo com o artigo 128 da lei nº 8.112/90 deverá observar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções.

Campagnolli (2009) ainda ressalta que com a edição da súmula vinculante nº5, esta tirou toda a base jurídica da súmula 343 e o risco que representa a ausência de defesa técnica por ferir os dois princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais constituem direitos fundamentais não somente nos processos jurisdicionais, como também nos processos administrativos. Para o autor, a presença do advogado constitui a maior legitimidade em qualquer procedimento, como também para a realização de melhores condições para um julgamento equânime, para que não ocorra lesão ao administrado ante a uma decisão da administração pública.

Para os autores Bacellar (2010) a súmula vinculante de nº 5 afronta a CF/88 ao que tangue o artigo 5º, inciso LV, por entender que o direito à ampla defesa deve ser garantida em todas as esferas de sanções aplicáveis por meio dos processos administrativos disciplinares, e não somente nos casos de sanções consideradas de cunho mais grave, assim defendida por Odete Medauar. Sendo assim, os autores entendem que a ampla defesa necessita de uma defesa técnica do advogado, o qual possui conhecimento específico e técnico.

Bacellar (2010) para elucidar a inconstitucionalidade material na edição da súmula vinculante nº5 citam em seu estudo os argumentos usados pela Corte, para a edição desta. Entre estes argumentos, é destacado que em determinados casos concreto o servidor possui capacidade suficiente para fazer a sua defesa sem a necessidade de um advogado, e que somente nas situações consideradas graves é que seria imprescindível a presença técnica por um advogado.

Entende-se que a dispensa da obrigatoriedade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar poderia em si gerar o cerceamento de defesa, infringindo os princípios do contraditório e da ampla defesa. Para tanto, seria necessário a presença do advogado, desde a instauração do processo e durante todo o seu desenvolvimento.

Dessa forma, para que haja igualdade entre as partes e equilíbrio das forças, versando sobre a imparcialidade no julgamento do processo administrativo disciplinar, é que se julga necessário a presença de um advogado, para acompanhar o servidor acusado, efetivando uma defesa técnica e equilibrada para o servidor que estará sendo julgado pela Administração Pública no PAD.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise das leis de nº 8.112/90 e nº 9.784/99, como também da Súmula nº 343 do STJ e a Súmula Vinculante nº 5 do STF, e de bibliografias pertinentes ao tema abordado, conclui-se que a ausência de defesa técnica do advogado no Processo Administrativo Disciplinar, pode acarretar ao servidor indiciado o cerceamento de defesa, por entender que a súmula vinculante nº 5 do STF, a qual dispensa a obrigatoriedade de defesa técnica por advogado em todas as fases do PAD, fere de forma direta os princípios constitucionais contidos no art. 5º, inciso LV, que asseguram o contraditório e ampla defesa.

Como exposto no primeiro capítulo, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37 constitui de forma expressa os princípios que devem ser seguido tanto para a Administração Pública Direta, como também pela Administração Pública Indireta da União, dos Estados, DF e Municípios, assim também como estes devem observar os princípios implícitos, os quais não estão

de forma expressa no caput do art. 37 da CF/88. Destarte que não há relação de hierarquia entre os princípios expressos ou implícitos, ou um sobre o outro entre si, cabendo ao administrador público à observância de todos estes princípios no caso concreto.

A lei de n. 8.112/90 institui o regime jurídico dos servidores públicos civis pertencentes da União, das autarquias federais, incluindo também as que se encontram em regime especial, e das fundações públicas federais, tratando somente das apurações de ilícito nas dimensões administrativas. Sendo assim, autônoma com relação às apurações de responsabilidade civil e penal do servidor indiciado. Já a lei de nº 9.784/99 (lei administrativa federal) se estende para toda a Administração Pública Direta e Indireta da União, sendo aplicada de maneira subsidiária e acessória para o processo administrativo disciplinar, pois, em regra geral aplica-se a lei de nº 8.112/90.

Pontua-se, que de acordo com a referida lei o processo administrativo disciplinar é fator necessário para que haja a aplicação de penas de cargo para o servidor estável que cometeu infração, na qual a aplicação de sanção é com pena de suspensão de mais de 30 dias, demissão, cassação a aposentadoria ou indisponibilidade e destituição de cargo em comissão. Deste modo, o servidor estável só poderá perder o seu cargo nas hipóteses de sentença judicial transitado em julgado e por meio do PAD na qual seja lhe assegurada ampla defesa para os casos citados.

Para que haja a apuração dos ilícitos administrativos praticados pelos servidores públicos é necessário que seja instaurada uma comissão processante, a qual pode ser considerada um meio sumário pelo qual a Administração Pública de modo sigiloso ou público faz a apuração de ocorrências anômalas no serviço público brasileiro, sendo assim um elemento formal que pode ser realizado nas seguintes modalidades: processo administrativo disciplinar, sindicância investigativa e o processo administrativo disciplinar de rito sumário.

Deste modo, é necessário que estas comissões processantes sejam independentes e imparciais para que haja o esclarecimento das apurações, visando a não arbitrariedade ou conveniência, para que não prejudique ou favoreça de forma intencional no julgamento as partes envolvidas no processo administrativo disciplinar.

Dessa forma, é necessário que seja prevalecido nas investigações de possíveis ilegalidades administrativas o interesse público e não o interesse particular, para isso é necessário que haja a observância dos princípios constitucionais, assim também como o da boa-fé na instauração, averiguação e julgamento do PAD, uma vez em que as comissões processantes representam o poder disciplinar no âmbito administrativo.

Como exposto, o processo administrativo disciplinar é de cunho obrigatório para que haja a aplicação de sanções cabíveis, sendo esta realizada por meio de comissões processantes. Entretanto, o servidor que estará sendo indiciado (a depender do caso, de acordo com a súmula vinculante nº 5 do STF) necessitará de uma defesa técnica.

A doutrina e a jurisprudência brasileira divergem no que se refere a necessidade de defesa técnica por advogado em todas as fases do PAD, pois de acordo com a Súmula Vinculante nº 5 do STF não há obrigatoriedade da presença de um advogado em todas as fases do PAD, o que alterou o entendimento tido pelo STJ com a súmula de nº343 a qual previa a obrigatoriedade da presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Entende-se a preocupação do STF na edição da súmula vinculante de nº 5 de visar evitar a inviabilização do trabalho da administração pública, o que poderia afetar na eficiência dos seus serviços, deste modo, deixa livre para os indiciados em processos administrativos considerados menos complexos (estes entendidos como não sendo obrigatória a presença de advogado e a sua ausência não gera nulidade ao processo) a opção de contratar uma defesa técnica qualificada por sua própria conta.

Deste modo, nesses casos considerados menos complexos, não configurariam na obrigatoriedade para o Estado em oferecer o serviço de uma defesa técnica, sendo esta efetivada por um advogado. Mas compreende-se que tal prerrogativa tira a responsabilidade do amparo do Estado em arcar com a defesa técnica, nos casos em que o servidor indiciado não possuir condições financeiras, mesmo que sejam nos casos considerados como menos complexos.

Pois, entende-se que a ampla defesa configura como um direito fundamental não somente nos casos de processos jurisdicionais, como também nos casos administrativos. Portanto, é necessário que uma defesa técnica qualificada exercida por um advogado seja efetivada não somente nos casos de grande complexidade, como também os considerados menos complexos no processo administrativo disciplinar, a qual poderá proporcionar de forma efetiva uma ampla defesa para o servidor indiciado, assim também como paridade entre as partes processuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 8.112- de 11 de dezembro de 1990. Aprova o estatuto dos servidores públicos federais: Presidência da República. Disponível em: <<http://www.palaciodoplanalto.gov.br/>>.

BRASIL. Lei. 9.784 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal: Presidência da República. Disponível em: <<http://www.palaciodoplanalto.gov.br/>>.

GABRIEL, Ivana Mussi e SILVA, Fernando Francisco da. Aspectos práticos do processo administrativo disciplinar. Pensar o Direito. São José do Rio Preto – SP, Ano 02 / n. 2, p. 01-90, jan./dez. 2005.

THEWES, Luis José. Processo administrativo disciplinar: a aplicabilidade do princípio do juiz natural na composição da comissão processante. 2018.

HEIDEMANN, Patricia. Comissão permanente versus comissão especial em processo administrativo disciplinar na administração pública. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4094, 16 set. 2014.

CAMPAGNOLLI, Igor d Carvalho Leal. A (in) dispensabilidade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar. Revista Controle Doutrina e Artigos, v.7, n.1, 2009.

FERES, Josan Mendes. O papel do advogado na defesa dos processos administrativos disciplinares. Intertem@S INSS 1677-1281, v.14, n.14, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 10, nº 39, p. 27-64, jan./mar.2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar.

2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DAMATTÉ, Flavio Rezende. A dispensa da defesa técnica por advogado nos processos administrativos disciplinares. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, ano 2, outubro de 2008.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito Administrativo. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRINOVER, Ala Pellegrino. Do direito de defesa em inquérito administrativo. Revista de Direito Administrativo, v. 183, p.9-18, 1991.

GUTIÉRREZ, Ana Luisa Zimmermann de Cárcova. A defesa técnica no processo administrativo disciplinar, a luz dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Curitiba, 2018.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da presunção de inocência do servidor público—no processo disciplinar brasileiro o ônus da prova incumbe à administração. Revista de Direito Administrativo, v. 233, 2003.

THEODORO, Renata D. Súmula Vinculante nº 5 do STF versus Súmula 343 do STJ e artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal: o processo administrativo disciplinar dos princípios da ampla defesa e da obrigatoriedade da defesa técnica, 2014.

Federalismo, relação de consumo e liberdade econômica: o embate hermenêutico na jurisdição constitucional, sobre o poder legislador dos estados em matéria de direito civil e direito comercial

Federalism, consumption relationship and economic freedom: the hermeneutic clash in constitutional jurisdiction, on the legislative power of states in matters of civil and commercial law.

Gustavo Henrique Vieira Bezamat



RESUMO

O presente estudo apresenta, inicialmente, uma breve análise histórica do antigo conflito político no Brasil, a respeito da centralização do poder legislativo no governo central. Esse embate entre as forças políticas teve início ainda no período do Brasil Império. Porém, permanece nos dias atuais, numa outra esfera de debate, isto é: no controle de constitucionalidade concentrado. Desse modo, o trabalho faz uma abordagem objetiva do problema da interpretação da Constituição nas ações diretas de inconstitucionalidades, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente em dois pontos importantes: I) A usurpação da competência do Congresso Nacional, por parte das assembleias legislativas dos estados para legislar sobre direito civil e direito comercial. II) O conteúdo substantivo das normas, especialmente quanto à liberdade individual de livre contratação, representada pelo princípio da livre iniciativa (Art. 1º, IV, Art. 5º, II e Art. 170 da CR/88). Nesse sentido, apresenta-se uma série de julgados do Tribunal Constitucional brasileiro, apresentando ao leitor, as bases teóricas para um método hermenêutico baseado no paradigma do constitucionalismo liberal, como mecanismo de promoção do sistema de livre mercado.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade. relações de consumo. liberdade econômica. federalismo centralizador.

ABSTRACT

This study presents a brief historical analysis of the former political conflict in Brazil, regarding the centralization of legislative power in the central government. This clash between political forces began in the Brazilian Empire period. However, it remains today, in another sphere of debate, that is: in the concentrated control of constitutionality. Thus, the work presents an objective approach to the problem of interpretation of the Constitution in direct actions of unconstitutionality, judged by the Federal Supreme Court, especially in two important points: I) The usurpation of the competence of the National Congress, by the legislative assemblies of the states to legislate on civil and commercial law. II) The substantive content of the norms, especially regarding the individual freedom of free contracting, represented by the principle of free enterprise (Art. 1, IV, Art. 5, II and Art. 170 of CR/88). In this sense, a series of judgments by the Brazilian Constitutional Court is presented, presenting the reader with the theoretical bases for a hermeneutic method based on the paradigm of liberal constitutionalism, as a mechanism for promoting the free market system.

Keywords: constitutionality control. consumption relations. economic freedom. centralizing federalism.

INTRODUÇÃO

O problema da interpretação da constituição envolvendo a competência dos estados federados e a União, vem sendo objeto de grandes debates na esfera da jurisdição constitucional brasileira. Esse problema, parece não ter fim, considerando a grande quantidade de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em que se discute a constitucionalidade de leis estaduais sobre matéria de direito privado. Além disso, o problema envolve não apenas o debate sobre a violação das normas de processo legislativo, mas também, o problema ainda mais grave da intervenção estatal na economia. Sendo que, essa intervenção ocorre de forma indireta, por meio de normas jurídica que criam obrigações para as partes contratantes.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende abordar o problema envolvendo a interpretação da Constituição Federal, analisando alguns julgamentos importantes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Primeiramente, faremos uma breve recordação do federalismo no Brasil, e como ela se desenvolveu historicamente. Em seguida, faremos uma análise dos julgamentos que envolvem o debate jurisdicional do tema, com uma análise da descentralizada legislativa na matéria de produção e consumo, sob o paradigma do constitucionalismo liberal e da economia de livre mercado.

O EMBATE POLÍTICO SOBRE O PODER LEGISLATIVO DAS ANTIGAS PROVÍNCIAS NO IMPÉRIO DO BRASIL

Primeiramente, a questão envolvendo a inconstitucionalidade de normas estaduais e municipais sobre produção, consumo e desenvolvimento econômico, envolve um tema de grande impacto social: a geração de empregos e movimentação da economia. Levando em consideração que a Constituição Federal consagrou e definiu parâmetros de competência legislativa para todos os entes da federação, esta também reservou boa parte deles à União, de maneira que os estados e municípios ficam limitados para editar normas específicas, bem como normais relacionadas ao interesse local, levando em conta a particularidade de cada cidade e estado. Situação muito peculiar do Brasil, considerando a sua diversidade geográfica e cultural. Nesse sentido, importante trazer o conceito e fundamento teórico do federalismo, nas palavras do professor DALMO DE ABREU DALLARI (2010, p. 251):

Em sentido mais amplo, federação, palavra que vem do latim “foedus”, significa aliança. É com tal sentido que ela aparece com mais frequência em sua origem latina. Em termos de uniões políticas, são muitos os casos de alianças de povos e de governantes celebrados em diferentes épocas e lugares, desde a antiguidade. Mas tais alianças, tinham alcance limitado quanto aos objetivos e à interferência nos poderes e interesses de cada participante. Do ponto de vista formal, havia o pressuposto de que cada celebrante da aliança mantinha sua independência para todos os assuntos, embora na prática não fosse raro que o aliado mais poderoso acabasse exercendo maior influência nas ações do conjunto dos integrantes da aliança. Em épocas mais recentes, a palavra “aliança”, aplicada à associação de Estados, acabou tendo uma espécie de bifurcação. Em muitos casos, ela continuou e continua significando uma associação para fins limitados, preservando-se a independência dos celebrantes. A par disso, entretanto, “aliança” acabou tendo o sentido de federação, uma forma especial de aliança, que resultou no federalismo e hoje tem, para os teóricos em geral, um sentido básico, embora apresentando diversas variantes, havendo ainda algumas formas de associação que suscitam dúvidas quanto a configurarem ou não uma federação.

O problema da centralização do poder legislativo no Brasil vem sendo discutido desde a outorga da Constituição Imperial de 1824. Nesse período, haviam dois partidos políticos no Brasil: o Partido Brasileiro, formado por aristocratas ruais; e o Partido Português, representado por comerciantes em geral. Esses “partidos” não eram organizados e fortes como nos dias atuais, pois eram apenas forças político-ideológicas que agrupavam de forma privada (BALEEIRO, 2012, p. 21). Isto é: grupos das elites formados por grandes proprietários de terras e comerciantes das cidades.

Após a outorga da Carta de 1824, as províncias nasceram, juridicamente, sem um poder legislativo (NOGUEIRA, 2012, p. 51), sendo que o chefe do poder executivo (o presidente), era nomeado pelo Imperador (Art. 165). Os cidadãos poderiam participar do Conselho Geral da Província, por meio de eleições indiretas (Art. 72; Art. 90), que eram constituídos por 21 membros

nas provinciais mais populosas: Pará, Maranhão, Ceará, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul. As demais teriam apenas treze membros (Art. 73). No entanto, esses conselhos não poderiam debater temas de interesse nacional (Art. 83), e se aprovassem alguma medida, esta deveria ser encaminhada para a Assembleia Geral na capital do Império, “para serem propostas como projetos de lei e obter a aprovação da Assembleia por uma única discussão em cada câmara.” (Art. 84). Ou seja, as províncias eram praticamente constituídas por um poder executivo, que administrava os bens públicos de interesse coletivo. Uma forma bastante arcaica de administração pública.

Não se propõe neste trabalho, analisar se o antigo sistema de governo provincial era melhor ou pior do ponto de vista de nenhuma corrente teórica, mas apenas destacar o fato de que, o Estado brasileiro era bastante reduzido, nos moldes do paradigma do Estado liberal típico do século XIX.

Na época da Regência (1831-1840), que se deu em razão da renúncia de Dom Pedro I, decorrente de diversas crises políticas e econômicas (PAIM, 2018, p. 102-103), haviam três forças políticas no Brasil: 1) O Partido Exaltado (farroupilhas), que defendiam maior autonomia das províncias, nos moldes do sistema constitucional norte-americano; 2) O Partido Restaurador (caramurus), que defendia a volta de uma maior centralização no Governo Imperial. Este partido deixou de existir com o falecimento de Dom Pedro I em 24 de setembro de 1834. Porém, havia um terceiro grupo chamado de Partido Moderado (os chimangos), com pensamento político menos radical, aceitando negociações políticas. Logo, foi nesse período que as assembleias provinciais foram criadas, pelo Ato Adicional de 1834 (NOGUEIRA, 2012, p. 11, 91).

Nesse contexto, o debate principal era justamente a respeito de manter ou reduzir a autonomia legislativa das assembleias provinciais, para servir aos interesses das oligarquias locais. Nesse período, os restauradores passaram a ser considerados “regressistas”, defendendo a revogação do Ato Adicional de 1834, enquanto os exaltados se tornaram “progressistas”, defendendo a ampliação do rol de competência legislativa das províncias, nos moldes da Constituição dos Estados Unidos da América.

Esses embates políticos causaram muitas crises econômicas no Brasil, considerando que a centralização de poder na Corte Imperial provoca revoltas de grupos políticos nas províncias. Por exemplo, a revolta da Confederação do Equador em Pernambuco, que foi reprimida pelas tropas imperiais em 1824. Importante destacar, que essas guerras civis sempre geram crises financeiras para o país, considerando os gastos excessivos com exércitos e custos marginais. Portanto, o problema da centralização sempre foi motivo de crises no Brasil, devido a sua extensão geográfica. Sendo este um dos motivos pelo qual o primeiro imperador brasileiro não conseguiu governar de forma pacífica, e seu governo durou menos de dez anos.

Já no Segundo Reinado (1840-1889), quando Dom Pedro II se tornou imperador antes de completar 18 anos de idade, e por isso foi chamado de “Golpe da Maioridade” (Art. 121), dois partidos se formaram: 1) O Partido Liberal (os Luzias), e o Partido Conservador (Saquaremas). Ambos apoiavam o governo imperial de Dom Pedro, no entanto, os luzias pretendiam reformas constitucionais descentralizadoras, e os Saquaremas queriam manter o poder limitado dos estados provinciais. Por isso, Dom Pedro II conseguiu equilibrar as forças políticas, formando uma espécie de parlamentarismo, com um governo de coalizão. Isto é: dividindo o poder legislativo entre os dois partidos, haja vista que o Poder Moderador autorizava, indiretamente, a nomeação

e remoção de membros do Senado (Art. 43; Art. 101), fora sua força política nas eleições para deputados (PAIM, 2018, p. 107).

Após um longo período de crises políticas entre as classes sociais no segundo reinado, Dom Pedro II foi deposto do cargo de Imperador, e uma nova constituição foi aprovada em 1891. Essas crises ocorreram, basicamente, em razão da disputa pelo poder, entre o Imperador e as elites agrárias das províncias. Podemos seguramente dizer que as causas do golpe republicano foram que: os proprietários de grandes latifúndios, se sentiram bastante prejudicados com o fim da escravidão decretada pela Lei Áurea de 1888 (BALEEIRO, 2012, p. 11-12). Além disso, os militares também estavam muito insatisfeitos pela forma como eram tratados pelo governo imperial. Isto é, tinham poucos privilégios concedidos pelo Estado; especialmente, ganharam força política e uma certa popularidade após a Guerra do Paraguai (1864 a 1870).

Nesse novo modelo de Estado federativo, e sistema de governo presidencialista, as províncias se tornaram estados federados, e a autonomia legislativa das assembleias aumentou. Entretanto, importante destacar que a autonomia não era plena, como no modelo norte-americano, em que os estados estão autorizados a legislar sobre diversos assuntos incluindo direito penal e processual penal. Isso ocorreu, certamente, em razão da história do federalismo brasileiro. Já que este apenas se consolidou, artificialmente, em 1891, enquanto que as antigas colônias britânicas na América do Norte, já possuíam uma longa tradição de independência, desde suas fundações, o que não ocorreu com as províncias brasileiras.

A CONTROVÉRSIA SOBRE O FEDERALISMO CENTRALIZADOR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após quase um século da primeira constituição republicada, a Constituição Federal de 1988 ainda provoca muitos debates políticos sobre a autonomia dos estados. Contudo, atualmente a discussão ocorre no Supremo Tribunal Federal, por meio da jurisdição constitucional concentrada. Isso porque, o Poder Constituinte Originário de 1988 estipulou, no Artigo 22¹, que compete privativamente à União legislar sobre quase todos os assuntos, mas, especialmente, sobre direito civil, comercial, comércio interestadual e comércio exterior. Entretanto, embora a Constituição tenha dado maior força normativa ao Congresso, observa-se que, o artigo 24 ampliou a possibilidade dos estados e municípios também legislarem, de forma concorrente, sobre uma das matérias mais controversas e polêmicas da política nacional: o tema “produção e consumo” (inciso V²).

Desse modo, verifica-se que, ainda nos termos do parágrafo primeiro do artigo 24, a União deverá apenas editar normas gerais, e no parágrafo seguinte, os Estados ficaram autorizados a editar essas mesmas normas, apenas na hipótese do Congresso Nacional já não ter feito. Isto é, na hipótese de uma omissão deste órgão legislador; bem como, no último parágrafo (§ 4º), determina que esta eventual norma subsidiária perderá sua eficácia na hipótese do Poder Legislativo Federal promulgar alguma norma geral. Ou seja, nota-se a criação de um microssistema normativo no patamar constitucional, que, muito embora tenha força de norma constitucional, em muitos casos se mostra confuso, provocando muitas controvérsias interpretativas, especial-

¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

² Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) V - produção e consumo;

mente no que concerne à produção e consumo.

Primeiramente, vejamos o caso da ADI 907, em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a Lei Estadual 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigava os supermercados a oferecerem aos seus clientes, por meio de um funcionário do próprio estabelecimento, o serviço de empacotador de compras nos caixas da loja. O Ministro LUIS ROBERTO BARROSO, abrindo divergência do Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, afirmou a inconstitucionalidade da norma, tanto formal quanto material, asseverando que, o modelo econômico determinado na Constituição Federal é, justamente, o sistema que prioriza a livre iniciativa:

Existem, Presidente, dois grandes sistemas econômicos praticados no mundo, a meu ver; um de economia planificada, em que as principais decisões são tomadas pelo Estado com grande restrição à iniciativa privada, que é o modelo socialista. E um outro de economia descentralizada, em que os agentes econômicos é que tomam livremente as suas decisões quanto a preço e quanto aos serviços que são ofertados. Esse é o modelo de livre iniciativa. Acho que esse é o modelo que foi escolhido expressamente pelo constituinte brasileiro, e está inscrito no art. 1º, IV, como um dos fundamentos da República, a livre iniciativa. De modo que eu não acho que, num modelo de livre iniciativa, possa caber legitimamente ao Estado decidir se vai ter empacotador ou não vai ter empacotador no supermercado. Num sistema de economia aberta, quem vai decidir se vai ter empacotador ou não vai ter empacotador é o mercado de livre concorrência. Se há demanda por empacotador, o concorrente vai colocar empacotador, agora o Estado... (ADI 907, p. 23)

Seguindo a mesma linha de pensamento, a maioria dos ministros entendeu que a norma ofende diretamente o princípio da livre iniciativa. Isso ocorreu pelo simples fato de criar uma obrigação legal aos supermercados, em manter pelo menos um funcionário em cada máquina registradora, com a atribuição de acondicionar as compras ali efetuadas. Assim, verifica-se uma evidente intervenção na propriedade privada, bem como na esfera de decisões livres do proprietário da loja, criando, por consequência das violações constitucionais, uma espécie de reserva de mercado para os funcionários da loja. Portanto, observa-se que, no julgamento da ADI 907, os Ministros debateram sobre o tema, trazendo reflexões importantes sobre a matéria, especialmente a respeito da sanção imposta pelo legislador estadual na hipótese de descumprimento. Nesse sentido, mostra-se importante trazer, *ipsis literis*, o conteúdo da norma impugnada:

Art. 1º - Os Estabelecimentos Comerciais autodenominados de Supermercados, sediados ou com filiais no Estado do Rio de Janeiro, terão que prestar serviço de empacotamento dos produtos comercializados nos mesmos.

Parágrafo único - Entende-se, por EMPACOTAMENTO, o serviço prestado por funcionário do estabelecimento, que terá como função principal a de EMPACOTADOR, de colocar, em sacolas, os produtos que forem adquiridos pelos clientes.

Art. 2º - O descumprimento desta Lei acarretará as seguintes penalidades:

I - Multa de 10 a 100.000 UFERJs;

II - Interdição do Estabelecimentos.

Art. 3º - Os estabelecimentos, citados, terão prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da publicação da presente Lei, para adequarem seus quadros de pessoal às normas aqui contidas. Art. 4º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Infere-se da leitura da Lei estadual do Rio de Janeiro declarada inconstitucional, um evidente abuso do poder de legislar, especialmente no que se refere às penalidades prescritas no

artigo segundo, quando, além de aplicar multa pelo descumprimento da norma, ainda prescreve, de forma até mesmo intimidatória e claramente coercitiva, a pena de interdição do estabelecimento. Assim, um ponto importante a ser mencionado em relação a este caso em particular, é o fato curioso e alarmante informado pelo autor da ação, a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO. Segundo ela, outra direta de inconstitucionalidade já havia ajuizado anteriormente, impugnando outra norma também editada pela Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (Lei nº 1.914/1991), de conteúdo praticamente idêntico a este. Trata-se da ADI 669 (Rel. Min. Octavio Gallotti).

A Confederação afirma na petição inicial, que após o deferimento da liminar para suspender a execução da primeira lei, “a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro elaborou nova lei, com o mesmo comando daquela cuja incidência foi suspensa, ou seja, a Lei nº 2.130, de 16 de junho de 1993”, o que provocou o ajuizamento de reclamação constitucional, alegando desrespeito à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal. Portanto, verifica-se não apenas um abuso do poder de legislar, mas um flagrante desrespeito à Jurisdição Constitucional, bem como aos preceitos fundadores da decisão que suspendeu liminarmente a eficácia da lei.

Não sendo suficiente tal situação, há pouco tempo, no ano de 2020, a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro editou a Lei estadual 8.932/2020 com o mesmo conteúdo normativo, porém alegando que, para evitar a formação de filas e aglomeração nos caixas de supermercados, estes ficariam obrigados a designar o serviço de empacotador nos caixas enquanto perdurar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia do coronavírus. Sendo assim, a CNC ajuizou uma nova ação no Supremo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.498 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Voltando ao julgamento da ADI 907, que serviu como marco jurisprudencial de padrão interpretativo, mostra-se importante destacar que, pelo fato da decisão colegiada não ter sido unânime entre os Ministros do Tribunal, algumas ponderações interessantes foram feitas a respeito da importância da defesa do consumidor. Assim, o Min. Relator ALEXANDRE DE MORAES, julgou parcialmente procedente afirmando tratar-se de norma que visa melhorar o serviço prestado pelo supermercado. No entanto, o que mais chama atenção é o voto do Min. RICARDO LEWANDOWSKI, vejamos ad litteram:

(...) Não vivemos na Inglaterra, nem na Alemanha, em que existem caixas automáticos que funcionam perfeitamente bem. Eu me permito até usar uma linguagem um pouco mais coloquial, para atender ao interesse daqueles que nos assistem: Quem vai a um supermercado hoje sabe o sofrimento do consumidor, quando passa pelo caixa e tem que empacotar os produtos que adquiriu. Não raro vemos senhoras de idade, gestantes, e mesmo pessoas mais capazes fisicamente lutando para empacotar, sendo empurrados pelo consumidor seguinte. E a fila vai se adensando, exatamente porque o supermercado não coloca à disposição dos consumidores mais caixas e pessoas que devam auxiliá-los no sentido de dar conta dos produtos que foram adquiridos. Esse é um aspecto importante que deve ser observado. Nós estamos realmente em um estágio do capitalismo brasileiro em que, infelizmente, os empresários procuram levar vantagens, e, nesta época de crise econômica, estão cortando a mão de obra em detrimento do consumidor.

Analisando as palavras do Ministro, verifica-se, neste caso específico, uma hermenêutica totalmente inversa à economia de livre mercado, na medida em que não houve qualquer ponderação sobre a força normativa do princípio da livre iniciativa. Segundo o Eminentíssimo Ministro, o empresário deve ter a obrigação de promover um melhor atendimento ao consumidor, inclusive afirmando que aquele (empresário), apenas busca levar vantagens em detrimento deste (o con-

sumidor). Isto é, o raciocínio posto no voto deixou de extrair do texto constitucional, a essência do constitucionalismo limitador do poder estatal, permitindo uma invasão do estado no campo da esfera privada entre consumidor e fornecedor. Assim, ao contrário do que fora dito pela minoria vencida, o Min. GILMAR MENDES esclarece em seu o seguinte:

Nenhuma dúvida de que se tratava de uma norma que queria preservar a categoria. Sabemos inclusive do destino histórico dessas leis. Estamos vendo esse movimento hoje, taxistas, Uber, diante dessa evolução tecnológica. O Ministro Alexandre tenta salvar o espírito da lei eliminando o parágrafo único. Mas a questão parece ser muito mais profunda e tem relação com o Direito do Trabalho e com o Direito Comercial. Imaginem, recentemente houve – foi muito noticiado – uma decisão do TRT do Espírito Santo, 17ª Região, que proibiu as demissões naquele Estado, simplesmente dizendo que não haveria dispensa, independentemente da decisão do Supremo sobre livre iniciativa. Aquele Estado acabaria por tornar-se, caso subsistisse essa decisão, que foi revista pelo próprio tribunal, um tipo de ilha da fantasia, um paraíso trabalhista ao contrário, porque é claro que as empresas não gostariam de lá estar, uma vez que é a solução venezuelana, bolivariana, em que as empresas fecham, mas não podem dispensar os seus funcionários. (ADI 907, p. 46)

Observa-se que, a intervenção da norma estadual no domínio da iniciativa privada, tem uma forte tendência de criar uma espécie de “engano econômico”. Isto é, uma ordem artificial que não condiz com a realidade, provocando claro desequilíbrio do sistema econômico com consequências sociais terrivelmente negativas, atingindo até mesmo o campo da dignidade humana, vejamos novamente as palavras do Ministro:

Agora, infelizmente, não se cria empregos artificialmente. Lembro-me, para falar de experiências, da antiga República Democrática Alemã. Eles produziram, até o final, em 1989 e 90, um carro célebre, chamado LADA, era um FIAT dos anos 50, que foi sendo fabricado. Quando a situação na Alemanha chegou ao quadro de explosão, então, se soube como funcionava, as televisões passaram a entrar lá, e os carros... Todo mundo sabe que, para ter um carro, na Alemanha oriental, era preciso entrar numa brutal fila, não se produziam carros com a dinamicidade do sistema ocidental. Lá havia a determinação do direito ao emprego, direito ao trabalho, na Constituição. Como se cumpria mais ou menos essa exigência constitucional? Criando os empregos ficticiamente, simulando que se pagava. Então, nessa fábrica LADA, uma peça era conduzida até a outra, numa roldana, em que o sujeito carregava. Vejam, o empregado alemão, criativo como é, fazendo esse tipo de trabalho, montando um carro manualmente porque tinha o direito ao trabalho. É algo indescritível, foi isso que o socialismo produziu, o socialismo real, essa realidade. Então me parece que esta é uma questão realmente muito séria, estamos condenados a discutir este tema. (ADI 907, p. 47)

Ademais, a legislação estadual, com pretexto de auxiliar o serviço ao consumidor, acaba por criar serviços e empregos privados, cujo custo será transferido ao preço dos produtos nas prateleiras dos supermercados. Ou seja, sinônimo de desvalorização da moeda nacional, conforme dito pelo Min. Marco Aurélio Melo: “Presidente, a Lei do Estado do Rio de Janeiro foi além da proteção ao consumidor. Criou serviço, e, ao fazê-lo, o legislador inobservou o fundamento da República que é a livre iniciativa. Mais do que isso. Todo serviço tem custo transferido ao usuário, ante o fato de a iniciativa privada estar sujeita à morte civil, que é a insolvência.” Ou seja, verificamos um perigo à liberdade econômica, ao permitir que os estados federados legislem sobre matérias de direito civil e relações de consumo. Isso porque, o contrato de compra e venda no supermercado se enquadra no Código de Defesa do Consumidor como “relação de consumo”, no entanto, ainda é uma matéria de direito civil (relações privadas). Segundo o Ministro Marco Aurélio: “A situação, a meu ver, é mais favorável, em termos de conclusão sobre o conflito da Lei com a Constituição Federal, do que a julgada há pouco. Deu-se a criação de serviço, maltratando-se a livre iniciativa e ferindo-se de morte a boa política do mercado. Acompanho, portanto, a divergência.” (ADI 907, p. 50)

Por fim, quanto à evidente consequência na economia e aumento de preços de produtos, bem como inflação generalizada, mostra-se evidente que regular atividade privada não produz bons resultados. Conforme dito expressamente pelo Min. Barroso: “não se deve duvidar que o custo do serviço de empacotamento será imediatamente repassado para o preço das mercadorias, em prejuízo aos consumidores.” Isto é, medidas legislativas de natureza contratual não são favoráveis ao desenvolvimento da sociedade, mas bastante prejudiciais. Por isso, uma hermenêutica constitucional voltada para a defesa da liberdade individual (livre iniciativa), deverá seguir no sentido de restringir a competência dos estados para legislar sobre direito do consumidor, aplicando essa matéria como parte do direito civil (contratos e obrigações).

Seguindo essa mesma linha interpretativa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 24 de outubro de 2018, negou provimento ao RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 839.950, interposto pelo Município de Pelotas/RS em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em sede de controle concentrado estadual, declarou inconstitucional a Lei Municipal nº 5.690/2010. Essa lei obrigava os supermercados a prestarem serviços de empacotador. Vejamos a tese em fixada em sede de Repercussão Geral (art. 1.038, § 3º, do CPC/2015): “São inconstitucionais as leis que obrigam supermercados ou similares à prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem das compras, por violação ao princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da Constituição).”

O Relator do recurso, Ministro Luiz Fux, citou precedentes que ensejaram a repercussão geral dos recursos (RE 470.933/RS, AI 731.752/SP e RE 470.928/RS) e afirmou, com base na ADI 907, que referidas legislações possuem o condão de desenvolver uma espécie de manutenção de postos de trabalho, prejudicando a autonomia privada dos gestores de mercados, bem como a obrigação legal de prestar serviço de empacotamento, pode configurar a prática de venda casada, podendo resultar em aumento de preços para os clientes, mesmo para aqueles que não necessitem de tal serviço:

Quanto ao aspecto material, igualmente é inconstitucional a lei vergastada. O princípio da livre iniciativa, plasmado no art. 1º, IV, da Constituição como fundamento da República e reiterado no art. 170 do texto constitucional, é verdadeira barreira normativa estabelecida pelo constituinte contra providências que obstem a denominada “destruição criativa”. Noutras palavras, não cabe ao legislador adotar medidas que, direta ou indiretamente, destinem-se à manutenção artificial de postos de trabalho, em detrimento das reconfigurações de mercado necessárias à inovação e ao desenvolvimento. O empreendedor possui o direito, resguardado pela Carta Magna, de formatar o seu negócio da forma mais eficiente para o atendimento das demandas dos consumidores, aplicando a organização apropriada para otimização das tarefas e processos empresariais, conforme suas necessidades e conveniências. (REXT-839.950, 2018 p. 17)

O Ministro demonstrou no seu voto, que o papel do Estado deve ser mínimo, não cabendo o legislador substituir o administrador privado na sua gerência, criando um “modelo de supermercado”. Nas palavras de Mário A. F. L. Guerreiro (2010, p. 52), citado pelo Ministro, o Estado deve apenas “proporcionar condições mínimas de bem-estar do cidadão, cobrar tributos, prestar serviços públicos e editar comandos legais para regular as relações econômicas.”³ Ou seja, na tentativa de interferência na esfera privada, o Estado sempre termina criando ainda mais problemas, e como sempre ocorre, promovendo uma distorção que prejudica no final o próprio consumidor. Ele afirmou também que: “Além disso, ao contrário do afirmado pelo Município, a medida não beneficia qualquer consumidor. Pelo contrário, representa violação à garantia constitucional

³ GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. O Poder Judiciário como agente regulador da economia. In: *Revista de Direito Empresarial*, nº 14, jul./dez. 2010. p. 52.

da proteção aos interesses dos consumidores (art. 5º, XXXII).” Além disso, a legislação estadual cria uma espécie de “venda casada” – uma prática proibida pelo próprio Código de Defesa do Consumidor (Art. 39, I), haja vista que obriga o comprador a adquirir outro produto sem ter solicitado. Segundo ele: “No caso em apreço, o legislador estabelece uma venda casada mandatária, visto que todos os consumidores de supermercados ficarão obrigados a pagar pelo serviço de empacotamento como um valor embutido no preço dos produtos adquiridos, ainda que não necessitem do serviço ou simplesmente não possuam recursos para gastar com esse tipo de luxo.”

Por fim, mostra-se importante mencionar, que no julgamento deste recurso, o Ministro Edson Fachin modificou seu entendimento em relação à constitucionalidade da matéria, e de forma nobre e brilhante, após o julgamento da ADI 907, demonstrou humildade e decidiu seguir os precedentes do Tribunal em favor da liberdade. Essa atitude do ministro demonstra uma imparcialidade da decisão, no sentido de que, mesmo que possua um entendimento diferente, deixou-se convencer pelos argumentos apresentados, e principalmente decidiu de forma objetiva. Isto é: de acordo com um padrão interpretativo mais coerente com os preceitos constitucionais. Nesse caso, não se trata de incoerência, mas de coerência com a ordem jurídica, bem como ao princípio da colegialidade.⁴

O problema da intervenção estatal na indústria de alimentos

Vejamos outro caso envolvendo a Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS), contra a Lei estadual nº 15.361/2014 do Estado de São Paulo, que regulamentou a exposição de produtos orgânicos nos estabelecimentos comerciais daquele estado (ADI 5.166). Isso porque, no ano de 2003, o Congresso Nacional promulgou a Lei Federal 10.831/2003 que dispõe sobre a chamada agricultura orgânica: um modelo especial de produção agropecuária. O objetivo é promover a venda de produtos mais saudáveis no mercado de consumo, sem a presença de materiais químicos, e com isso incentivar a sustentabilidade econômica e ecológica.

Nos termos ad litteram do Artigo 2º da Lei da Agricultura Orgânica, “Considera-se produto da agricultura orgânica ou produto orgânico, seja ele in natura ou processado, aquele obtido em sistema orgânico de produção agropecuário ou oriundo de processo extrativista sustentável e não prejudicial ao ecossistema local.” Nesse sentido, em dezembro de 2007, o então Presidente da República, editou um regulamento disciplinando e detalhando a aplicação da Lei da agricultura orgânica (Decreto Nº 6.323/2007). Ocorre que, no Julgamento da ADI 5.166, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei estadual paulista, na realidade, tem o objetivo de promover a proteção do consumidor, o que automaticamente já incide o instituto da competência concorrente da União e dos estados, afastando a interpretação de que a referida lei regula o direito comercial. A base desse fundamento, no entanto, é a justificativa/exposição de motivos apresentado no projeto de lei, que tramitou na assembleia legislativa, entendendo que “a vontade do legislador” era facilitar para o consumidor a localização dos produtos orgânicos e estimular seu consumo, ampliando a obrigação já prevista no Decreto Federal 6.323/2007.

Isso porque, o referido Decreto presidencial determina que, no comércio varejista, os produtos orgânicos que não possam ser diferenciados visualmente dos similares, não orgânicos, devem ser mantidos em espaço delimitado e identificado. Contudo, a lei paulista foi mais além,

4 Verifica-se, portanto, que, em precedente recente deste Plenário, assentou-se a inconstitucionalidade de norma local (lei estadual) que dispunha sobre o mesmo assunto, de modo que não seria coerente, nem desejável, uma virada jurisprudencial sem razão suficientemente sólida a justificar. Diante do exposto, ressaltando ponto de vista pessoal divergente, e em homenagem ao princípio da colegialidade, nego provimento ao presente recurso extraordinário. É como voto. (RE 839.950/RS, p. 30)

devendo ser expostos em espaços exclusivos, o que na visão dos comerciantes, representados pela ABS - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SUPERMERCADOS, estaria prejudicando a sua atividade empresarial. Ou seja, a lei estadual é ainda mais interventora, provocando uma violação ao princípio da liberdade comercial (livre iniciativa: Art. I e 170 CR/88). Nesse caso, a liberdade do proprietário da loja em definir a forma como serão expostos os produtos.

Já em relação aos produtores que não utilizam o método sustentável anteriormente mencionado, o Supremo Tribunal Federal enfrentou, no ano de 2020, o problema envolvendo a rotulagem de produtos de gênero alimentícios destinado ao consumo humano (ADI 4.619), produzidos a partir de organismos geneticamente modificados. Isso porque, a Confederação Nacional da Indústria (CNI), entidade que representa os industriais brasileiros, sediada em Brasília, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei 14.274 aprovada em 2010 pelo Estado de São Paulo. Essa lei, havia regulamentado a rotulagem de produtos transgêneros naquele estado da federação; e a CNI alegou, que a Assembleia Legislativa teria extrapolado a autorização constitucional para legislar sobre o assunto, invadindo a competência do Congresso Nacional para produzir normas sobre comércio interestadual. Ademais, indiretamente violava também a regra sobre direito civil (direito contratual, mais especificamente).

A referida Lei estadual determinava que, na comercialização de produtos destinados ao consumo humano, ou animal, ou também aqueles utilizados por fazendeiros na agricultura, ficaria obrigatória a informação a respeito da sua origem e procedência, quando houver a presença de organismo transgênico em proporção igual ou superior à 1% (um por cento). Ou seja, na prática, os produtores e fornecedores passariam a ter a obrigação legal de informar, nos rótulos dos produtos, a presença de tais organismos, sob pena de aplicação de multas pela administração pública. Importante dizer que a matéria enfrentada pela Suprema Corte já havia sido regulamentada pela chamada Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), que regulamentou o Artigo 225⁵ da Constituição Federal, estabelecendo normas gerais de segurança e mecanismos para a melhor fiscalização das atividades de indústrias que envolvam organismos geneticamente modificados (OGM).

Ademais, concerne destacar que a mencionada legislação não será objeto de análise aprofundada neste trabalho, porém mostra-se importante mencioná-la, bem como informar o seu objetivo no âmbito da regulação da matéria constitucional, tendo em vista a sua importância para a saúde da população, considerando que se destina a proteger em geral os consumidores de produtos alimentícios, o que obviamente engloba a totalidade das pessoas, em todo o território nacional. Contudo, o parágrafo primeiro do Artigo 24 da Constituição Federal, define tratar-se de competência exclusiva do Congresso Nacional, elaborar normas gerais sobre os temas relacionadas à produção e consumo, sendo que aos demais entes políticos (estados da federação, municípios e Distrito Federal), cabem a tarefa de legislar promovendo normas suplementares no sentido de adequar à realidade local.

Ocorre que, muito embora a Constituição Federal tenha estabelecido o sistema de legislação concorrente entre os entes da federação, observa-se uma enorme divergência entre essas legislações nessa temática. Isso porque, no caso da regulamentação da Lei de Biossegurança

5 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

de 2005, verifica-se o problema do impacto direto na economia e no livre comércio, provocado pela lei estadual, que teria, por um “pequeno” detalhe, dificultado os negócios entre produtores e fornecedores. Isso porque, a obrigatoriedade por parte dos produtores, em todo o território nacional, segundo o ordenamento jurídico federal, era apenas de informar, nos rótulos dos produtos, a existência de organismos transgênicos, no limite de um por cento, ou seja, quando houver mais de 1% de OGM nos alimentos, estes devem ser informados, sob pena de aplicação de sanções administrativas. No entanto, a Lei Estadual teria criado uma situação diferenciada no Estado de São Paulo, afetando o comércio para aquele estado da federação, e provocando um impacto na produção e eventualmente na economia nacional.

Conforme mencionado pelo Ministro G. MENDES na ADI 907, o problema das legislações interventoras no comércio em âmbito estadual é grave, e pode gerar muitos prejuízos para a economia nacional. O mesmo problema ocorreu no Estado do Paraná, com a Lei Estadual 14.861/2005, declarada inconstitucional na ADI 3.645, por contrariar o Decreto Federal 4.680/03, ao impor a obrigação de inserir informação no rótulo de produtos, desde que seja detectado percentual de organismo geneticamente modificado superior a 1%.

O embate judicial sobre a produção de café no Estado do Paraná

Outra situação semelhante foi apresentada pela Confederação Nacional da Indústria, através do ajuizamento da ADI 2.832, contra a Lei 13.519/02 do Estado do Paraná. Essa lei estabeleceu a obrigação dos produtores de café da região, a inserir no rótulo de embalagens comercializados em todo o estado, a informação de cada espécie vegetal que compõe o produto. Além disso, deverá especificar o percentual de grão de café que não sejam do gênero “Coffea”, bem como um selo de qualidade outorgado pela APC - Associação Paranaense de Cafeicultores.

Nesse sentido, a referida Confederação, que sempre representa os industriais brasileiros no Supremo Tribunal Federal, apresenta a tese de inconstitucionalidade da Lei sob dois aspectos básico: em relação ao vício formal orgânico, a Assembleia Legislativa teria usurpado a competência da União para regulamentar o direito comercial, forte na interpretação de que o assunto é relativo ao comércio, nos termos do Art. 22, inciso primeiro da Constituição Federal. Já no aspecto substancial (inconstitucionalidade material), a lei acaba por ferir os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, considerando que as obrigações criadas pela lei, provocam, na visão dos produtores de café, uma dificuldade maior com conseqüente onerosidade do processo.

O que se observa na controvérsia, é que o princípio da livre iniciativa, estampado no Artigo Primeiro da Constituição, encontra-se protegido pelo artigo 22, quando limita a atividade legislativa dos estados membros. Justamente com o intuito de prevenir a criação de leis estaduais e municipais que eventualmente intervenham na atividade comercial. Isso é claro no texto maior. Contudo, o artigo 24, quando abre espaço para os estados legislarem sobre produção e consumo, acaba-se por criar uma gama de possibilidades de interpretações. Isto é: amplia o espaço de discricionariedade dos legisladores estaduais e municipais.

Veja-se que, em diversas teses de inconstitucionalidade apresentadas no Supremo, especialmente no que se refere à conflitos entre legislações estaduais que regulam atividades comerciais, com a finalidade de proteger o consumidor final, o problema interpretativo está em aplicar o art. 22 ou o art. 24 da Constituição Federal. Nesse sentido, como ordenamento jurídico não tolera contradições (BOBBIO, 1995, p. 203), a jurisdição constitucional passa a ter um papel im-

portante na interpretação do texto constitucional. Isto é: dar o sentido correto de qual conduta o Constituinte prescreveu, aplicando a norma de uma hierarquia superior numa hierarquia inferior (KELSEN, 2004). Além disso, buscar o sentido da conduta prescrita na norma impugnada, a fim de decidir qual regra de competência deve ser aplicada.

Nesse contexto, antes de adentrar no resultado final do julgamento, mostra-se significativo abordar os métodos hermenêuticos clássicos e contemporâneos utilizados na atividade jurisdicional, nas hipóteses de eventual conflito entre normas inserida no ordenamento jurídico. Isso porque, observa-se um evidente conflito entre a norma constitucional que limita a atividade legislativa dos estados, e a norma que autoriza esse poder, cabendo ao aplicador da norma, decidir qual deve ser a mais adequada.

Dessa maneira, nota-se que ambas as normas se encontram em patamares hierárquicos iguais, isto é, ambas estão na esfera constitucional, sendo tratadas como normas jurídicas fundamentais (KELSEN, 2004; DANTAS, 2013). No entanto, apenas uma delas deve ser aplicada, de acordo com o clássico método exegético positivista, onde o conflito entre regras jurídicas é solucionado pela aplicação ou não de uma delas, a partir do critério de validade.

No pensamento positivista clássico, todo o ordenamento jurídico é composto apenas por regras, isto é, embora seja inegável a existência de princípios jurídicos, no paradigma do positivismo clássico, estes são vistos apenas como ideias menos importantes que as regras, devendo ser utilizados apenas em casos de lacunas ou antinomias entre elas, porém de uma forma bastante restrita. Isso porque, como a base doutrinária do positivismo encontra-se firmada no princípio da segurança jurídica, bem como na necessidade da criação de um ordenamento normativo que seja possível dar previsibilidade para as decisões judiciais, busca-se com isso impedir a proliferação de interpretações baseada em critérios subjetivos do julgador. Nesse sentido, para explicar bem o que é a subjetividade na interpretação jurídica, vejamos o ensinamento do professor mineiro BRUNO CAMILLOTO (2014, p. 73):

A construção do conceito de objetividade pressupõe uma limitação do intérprete quando da atividade hermenêutica realizada frente à norma jurídica. O intérprete do Direito não pode extrair ou atribuir qualquer sentido a determinado texto legal ou a um ordenamento jurídico. Diferentemente do conhecimento das ciências da natureza, as ciências sociais não apresentam um caráter de exatidão e precisão como já salientado por Reale. Deve haver uma ideia de objetividade que permita o mínimo de segurança para o estudioso do Direito executar sua tarefa hermenêutica. Em se tratando da Ciência do Direito, a necessidade da construção do conceito de objetividade torna-se imprescindível diante do princípio da segurança jurídica. É necessário compreender os limites da interpretação jurídica, ou como diz Pontes de Miranda, qual a elasticidade da interpretação da norma jurídica.

Nesse contexto teórico, pode-se afirmar, que a hermenêutica clássica prioriza as regras em detrimento dos princípios. Esse padrão possui, na sua essência, o intuito de estabilizar a interpretação, reduzindo a discricionariedade. Porém, vem sendo objeto de debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Segundo ROBERT ALEXYS (2008, p. 87) os princípios constitucionais devem servir de orientação para a aplicação das regras específicas, como mandados de otimização. Segundo ele: “regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.”

De maneira geral, considera-se que a segurança jurídica está diretamente relacionada com elementos objetivos do ordenamento, como garantia de estabilidade jurídica, segurança de

orientação e realização do direito. Nesse sentido, verifica-se que, no julgamento da ADI 2.832, que ocorreu de forma unânime em 2008, o Tribunal decidiu pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade da lei. Logo, para demonstrar de forma clara a ponderação de princípios aplicada pelo Tribunal, bem como o problema decorrente da ampliação da discricionariedade nas decisões, vejamos as palavras ad litteram, do Ex-Ministro Celso de Melo em seu voto, afirmando que a lei estadual impugnada, torna efetivo o direito à informação do consumidor, bem como o direito à saúde. Segundo ele:

Com esse propósito, Senhor Presidente, e para não degradar o compromisso de defesa do consumidor à condição inaceitável de uma promessa irresponsavelmente vã, ou de uma proclamação constitucional meramente retórica, ou, ainda, de um discurso politicamente inconsequente, a Lei Fundamental, visando a promover o bem de todos, veio a instituir um verdadeiro condomínio legislativo, partilhando, entre a União, os Estado-membros e o Distrito Federal (CF, art. 24, VIII), sem falar nos Municípios, a competência para legislar, em caráter concorrente, sobre medidas e políticas públicas destinadas a viabilizar a proteção - que se quer efetiva, plena e real, a ser conferida ao consumidor. (ADI 2.832 - p. 201)

Verifica-se que a interpretação teleológica da Legislação estadual serviu como alicerce para o Tribunal afirmar a constitucionalidade da mesma, no momento em que se extrai da norma, a clara intenção do legislador de garantir ao consumidor o direito de informação sobre o produto que está adquirindo. Nesse caso, pelo voto do Ministro Celso de Melo, constatou-se uma forte tendência de elevar o princípio constitucional de defesa do consumidor, como base para ampliar a competência concorrente entre os entes federados. Esse método interpretativo flexibiliza, por outro lado, o princípio da livre iniciativa, invocado pela tese de inconstitucionalidade da Confederação dos cafeicultores.

Os serviços de telecomunicações nas relações de consumo

Por fim, necessário analisar a questão constitucional envolvendo a relação de consumo nos serviços de telecomunicações, o que também se mostra bastante controverso no cenário atual da jurisdição constitucional. Isso porque, recentemente, no dia 25 de novembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal julgou a inconstitucionalidade de duas leis estaduais que tratavam do assunto: uma delas do Estado da Bahia e outra do Rio de Janeiro (ADI 6.326 e ADI 6.064). No entanto, o v. decisum colegiado não foi unânime.

Nesse contexto, importante mencionar, que em julho de 1997, o Congresso Nacional promulgou, com base na Emenda Constitucional nº 8 de 1995, a Lei Federal 9.472, denominada de LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES, que de forma completa, regulamentou a organização dos serviços de telecomunicações, bem como criou um órgão regulador do setor: a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, vinculada ao Ministério das Comunicações, e regulada pelo Decreto Nº 2.338/1997. No entanto, embora os serviços relacionados à telefonia sejam normatizados por Lei Federal e Decreto Presidencial, a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia decidiu inserir no ordenamento jurídico, a LEI ESTADUAL Nº 14.228/2020, que, de uma forma inovadora, estipulou um limite de tempo para a utilização de créditos ativados de telefones celulares pré-pagos, e previu sanções em caso de descumprimento, atribuindo aos órgãos e às entidades de defesa do consumidor, a fiscalização dos mesmos.

Nesse sentido, a referida lei foi totalmente impugnada pela ACEL - Associação das Operadoras de Celulares, que alegou, principalmente, a usurpação da competência da União para

legislar sobre a matéria, criando um cenário de antinomia no ordenamento jurídico nacional. No julgamento das ações em conjunto, a Ministra Cármen Lúcia reconheceu o propósito de proteção ao consumidor, porém asseverou a competência constitucional da União para explorar os serviços de telecomunicações, nos termos do Artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal. Essa norma, por sinal, foi objeto de regulamentação pela Lei Geral das Telecomunicações (LEI nº 9.472/1997), com a criação da ANATEL, inclusive já havia regulamentando a matéria de telefonia pré-paga na RESOLUÇÃO Nº 632/2014. Essa norma instituiu prazos de validade para os créditos não inferiores a 30 dias.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não se aplica neste caso, a descentralização, visto que, além de confrontar ato normativo da agência nacional especializada na matéria, a lei estadual também interferiu em serviço público exclusivo da União, situação que pode afetar o equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão, com forte ligação com o direito econômico. Contudo, o ministro MARCO AURÉLIO abriu divergência e afirmou o contrário. Segundo ele:

O texto constitucional não impede a elaboração de legislação estadual que, sem tratar especificamente da prestação dos serviços de telecomunicação, venha a afetar a atividade das concessionárias, preservado o núcleo de obrigações assumidas em contrato. Com a edição do diploma, buscou-se potencializar, no âmbito local, mecanismo de tutela da dignidade dos consumidores, ou destinatários finais, na dicção do artigo 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (...) Ausente interferência na atividade-fim das pessoas jurídicas abrangidas pela eficácia do ato atacado, inexistente usurpação de competência da União. Dirirjo da Relatora, para julgar improcedente o pedido. (ADI 6326/BA, 2020, p. 20-21)

Já na Ação Direita nº 6.064, proposta pela ACEL e pela ABRAFIX - Associação Brasileira de Concessionárias de Serviços Telefônico Fixo, fora questionado o conteúdo e a forma da LEI ESTADUAL Nº 7.871/2018, do Rio de Janeiro, que, entre outros pontos, proibia a cobrança das situações seguintes: 1) que os serviços de caixa postal, chamada em espera, identificador de chamadas e conferência, somente poderão ser cobrados com o prévio conhecimento dos usuários. Além disso, 2) proibiu a cobrança dos dez segundos iniciais após o acionamento do serviço de caixa postal, caso o usuário não registre mensagem. Contudo, no mesmo sentido da ADI Nº 6.326, de relatoria da ministra Rosa Weber, o Tribunal entendeu que, muito embora a ratio legis do legislador estadual seja promover a proteção do consumidor, a norma produz um efeito prático de interferir na estrutura de prestação do serviço público e no equilíbrio dos contratos administrativos. Logo, novamente, pela ponderação (relativização) de princípios, os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes ficaram vencidos.

Além desses dois casos, envolvendo os estados da Bahia e do Rio de Janeiro, no ano de 2016, novamente a Associação das Operadoras de Celular ajuizou outras três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's 5568, 5569 e 5570) trazendo a mesma tese. Segundo ela, ocorreu a violação da norma constitucional que limita o poder legislativo dos estados, dessa vez na Paraíba, Mato Grosso do Sul e Pernambuco.

Isso porque, o Estado da Paraíba, por meio da Lei 10.572/2015, legislou no sentido de criar, para as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, a obrigatoriedade de envio de contratos de adesão das empresas de telecomunicações para os consumidores, por meio de carta registrada (ADI 5.568). Já o Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da Lei 4.824/2016, legislou obrigando as empresas prestadoras de serviços de internet móvel e de banda larga, na modalidade pós-paga, a apresentar ao consumidor, na fatura mensal, gráficos que informem a

velocidade diária média de envio e recebimento de dados. (ADI nº 5569)

Já o Estado de Pernambuco, por meio da Lei 15.637/2015, criou uma obrigação para os estabelecimentos comerciais que vendem chips e aparelhos celulares no varejo, disponibilizar para o consumidor, um mapa demonstrativo da qualidade do sinal por município. Importante frisar que essa ação direta foi extinta sem julgamento do mérito, em razão da revogação superveniente pela Lei estadual nº 16.559/2019, provocando a perda do objeto. Contudo, mostra-se importante destacar o conteúdo da referida lei.

Além das ações supra mencionadas, verifica-se mais três ações ajuizadas pela Associação das Operadoras de Celular no Supremo Tribunal Federal (ADIs 5.572, 5.574 e 5.575) sobre violação da competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações, demonstrando a importância e recorrência do tema na jurisdição constitucional: na ADI 5.572, fora questionada a Lei 18.752/2016 do Estado do Paraná, que também obrigou as empresas prestadoras de serviços de internet, a apresentar, nas faturas, gráficos informando a velocidade média diária média de envio e recebimento de dados. No entanto, a ação foi julgada improcedente em 23/08/2019, aplicando-se o entendimento de que a norma trata de direito consumerista, e não de telecomunicações.

No entanto, de forma contraditória, o mesmo plenário da Corte entendeu pela inconstitucionalidade da Lei 10.513/2015 (ADI 5.575), julgada em 25/10/2018. Esse diploma normativo obrigava as operadoras a inserir uma mensagem de advertência da operadora de telefonia fixa e celular nas chamadas telefônicas, originadas de outras operadoras. Vejamos o teor da lei impugnada:

Art. 1º As prestadoras de telefonia fixa e celular, no âmbito do Estado da Paraíba, passam a exigir nas chamadas originadas para outras prestadoras, a seguinte mensagem: 'Você ligou para outra operadora, seguida de um sinal sonoro'.

Parágrafo único. O tempo da mensagem e do sinal sonoro é de 03 (três) segundos.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Verifica-se que o referido ato legislativo extrapola os limites não só da competência para legislar sobre telecomunicações, mas também viola a liberdade das empresas de administrar seus negócios, criando obrigações abusivas capazes de gerar prejuízos financeiros.

Já na ADI 5.574, que impugnou a Lei 10.519/2015 do Estado da Paraíba, o Supremo seguiu a orientação inversa, e majoritária, de que a instalação de equipamentos tecnológicos para bloqueio de sinal de telecomunicações e/ou radiocomunicações nos estabelecimentos penais e centros socioeducativos, invade a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, considerando que a norma estadual determinava, que aparelhos celulares roubados ou furtados, terão que ser bloqueados pelas operadoras, por meio do IMEI (sigla em inglês para Identidade Internacional do Equipamento Móvel). Essa medida deveria ser adotada em até 24 horas após o registro do caso na delegacia. O entendimento era:

Portanto, pode-se observar claramente pelas teses apresentadas nas ações diretas, que os Artigos 21, inciso XI⁶, e Artigo 22, inciso IV, da Constituição Federal, que afirmam a compe-

⁶ Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros

tência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, estariam sendo relativizados e colocados de lado, em função da vontade do legislador estadual em proteger os interesses dos consumidores. Essa tendência legislativa tem se mostrado bastante controversa do ponto de vista da hermenêutica constitucional, haja vista que o Artigo 24, inciso V acaba produzindo uma ampliação da discricionariedade dos legisladores estaduais, bem como do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, o referido dispositivo constitucional abre espaço para escolhas políticas: ora se aplica o Artigo 21, XI c/c o Artigo 22 IV, e ora se aplica o Artigo 24, V. Sendo que essa decisão acaba sendo mais política do que jurídica.

No entanto, verifica-se que, para a aplicação de uma boa hermenêutica constitucional nesses casos concretos, o Tribunal vem utilizando o clássico método lógico-sistemático (KELSEN, 2004), para dirimir a controvérsia sobre qual artigo aplicar: para tanto, invoca-se o Artigo 1º (livre iniciativa), em conjunto com o Artigo 170, incisos II e IV (propriedade privada), para declarar a inconstitucionalidade das leis estaduais.

No entanto, verifica-se que, em muitos casos semelhantes, o Tribunal acaba utilizando a técnica da ponderação de princípios constitucionais, relativizando um postulado constitucional em detrimento de outro. Ou seja: ora se aplica a defesa do consumidor (Art. 170, V), e ora se aplica a liberdade contratual (caput, inciso II e IV). No entanto, essa técnica acaba forçando o intérprete da Constituição, no caso o Supremo Tribunal Federal, a decidir de forma política e finalística, desvirtuando a atividade da jurisdição constitucional.

Apesar do problema envolvendo a dinâmica jurídica nesses casos concretos, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal vem estabelecendo uma posição firme no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídicas entre a União e as prestadoras dos serviços de telecomunicações. Isso porque, as flagrantes inconstitucionalidade das normas locais que interferem na estrutura de prestação de serviços de telecomunicação, provocam um grave desequilíbrio dos contratos administrativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada, constatamos que, o debate sobre a centralização do poder legislativo vem desde a independência do Brasil. No início, com a outorga da Constituição Imperial de 1824, as províncias nem se quer possuíam um poder legislativo. As assembleias provinciais só foram criadas pela Ato Adicional de 1834, no período da regência. Nesse sentido, o debate principal entre as forças políticas era justamente sobre a autonomia legislativa das províncias: os conservadores defendiam a centralização na Corte Imperial, no Senado e na Câmara dos Deputados. Por outro lado, os liberais defendiam uma autonomia maior das províncias.

Nesse sentido, antes da implementação do federalismo pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a controvérsia era debatida na esfera do poder legislativo, (Assembleia Geral), basicamente entre o partido conservador e o partido liberal. Contudo, nos dias atuais, o debate permanece o mesmo, porém, na esfera da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Basicamente, o problema hermenêutico está na aplicação do artigo 22 (inciso I) e do artigo 24 (inciso V) da CR/88, no momento do controle de constitucionalidade concentrado. Isso porque, no Art. 22 (inciso I), a constituição determina que os estados não podem

aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95).

legislar sobre direito civil e comercial. Entretanto, no Art. 24 (inciso V), fica autorizada a edição de lei estadual sobre produção e consumo, de forma concorrente. Logo, verifica-se uma aparente contradição no texto maior, já que o termo “produção e consumo” acaba se enquadrando na hipótese de competência concorrente entre União e estados federados, provocando uma grande quantidade de legislações estaduais com o escopo de regulamentar as relações de consumo.

No entanto, verifica-se que a grande quantidade de leis estaduais sobre direito do consumidor também acaba provocando, de forma crônica, uma série de ajuizamentos de ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Ademais, observamos que as teses de inconstitucionalidade não se restringem apenas nos vícios formais orgânicos, mas principalmente nos vícios materiais. Ou seja, as leis estaduais não apenas violam a prerrogativa da União de legislar sobre direito civil, mas principalmente violam, na maioria dos casos, a livre iniciativa (Art. 1º; Art. 5º, II; Art. 170) e a propriedade privada (Art. 5º, XXIII, LIV; Art. 170, II).

Em muitos casos, o Tribunal decide em favor da centralização, sendo que em outros casos, decide pela fragmentação do poder legislador. No entanto, esse embate também envolve o liberalismo econômico, na medida em que o termo “produção e consumo” representa a tanto o setor industrial como o setor comercial de varejo. Isto é: a base da economia nacional. Portanto, legislações interventoras nos contratos comerciais podem não apenas representar uma maior intervenção do Estado na economia, bem como são capazes de dificultar a liberdade comercial, provocando burocracias indesejadas para o setor, o que é bastante criticado pelas teorias liberais. Especialmente, a tese da soberania do consumidor: um dos pilares da economia de livre mercado.

Apesar disso, extraiu-se dos julgamentos analisados, que a hermenêutica constitucional do STF vem se inclinando para uma interpretação no seguinte sentido: embora a legislação estadual, no escopo de resguardar os interesses do consumidor nas relações comerciais, não está autorizado a invadir a competência legislativa da União para editar normas gerais sobre direito civil. Esse entendimento está baseado diretamente no clássico método lógico-sistemático, em que toda norma constitucional encontra-se inserida num sistema maior. Nesse caso, os princípios da livre iniciativa e propriedade privada, servem como parâmetro interpretativo para dirimir a controvérsia entre a aplicação da competência restrita da União, e a competência concorrente dos estados. Entretanto, o Tribunal vem dilatando a força do federalismo brasileiro, ampliando a liberdade dos estados para editar leis e regulamentos sobre direito do consumidor; podendo, para fins de nomenclatura doutrinária, ser chamado de “Federalismo Descentralizador”. Portanto, como a Constituição de 1988, no Art. 24, V, abre espaço interpretativo para os estados legislarem sobre “produção e consumo”, podemos seguramente afirmar que: a discricionariedade concedida aos legisladores estaduais, na sua função regulamentadora, e também ao poder judiciário, na sua função de controle de constitucionalidade, acaba reestabelecendo o antigo embate político brasileiro desde o Império, mas agora na esfera judicial, tendo como principal razão de disputa, a intervenção do Estado na economia por meio da regulamentação dos contratos de consumo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. Teoria Geral do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BALEEIRO, Aliomar. 1891. 3ª edição. Brasília: Senado Federal, 2012.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do federalismo. Belo Horizonte: FUMARC, 1982.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>.
- CAMILLOTO, Bruno. Hermenêutica Jurídica: A construção de um conceito de objetividade. Ouro Preto: Editora Ouro Preto, 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. A Constituição na vida dos povos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito Processual Constitucional. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério [Taking rights seriously]. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1987.
- LAMEGO BULOS, Uadi. Manual de interpretação constitucional, São Paulo: Saraiva, 1997.
- LAMEGO BULOS, Uadi. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NOGUEIRA, Octaciano. 1824. 3ª edição. Brasília: Senado Federal, 2012.
- PAIM, Antonio. História do liberalismo brasileiro. São Paulo: LVM, 2018.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

Execução penal antecipada sob a ótica do princípio de presunção de inocência e dos efeitos da incorporação do pacto de São José da Costa Rica em nosso ordenamento pátrio

Benedito Silva Junior

Cientista Político. Bacharel em Ciência Política pela UNINTER. Pós-graduando em Educação Digital pela UNEB. Acadêmico em Direito pelas Faculdades Londrina

Camila Cardoso Lima

Doutoranda em Serviço Social e Políticas Públicas na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo e Direito Ambiental e Sustentabilidade pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora na Faculdade Londrina (FL) e Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Advogada.



RESUMO

O princípio da presunção de inocência logrado no art. 5º LVII da Constituição Federal, garante que ninguém poderá ser considerado culpado sem uma sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, garantindo o direito do indivíduo de ter seu processo apreciado até uma sentença definitiva, princípio este avançado pela incorporação do Pacto de São José da Costa Rica, que na redação do art. 8.2, h, trás a garantia de recorrer até um tribunal superior e a presunção de inocência do acusado. No HC nº 126.292/SP, O Supremo Tribunal Federal, permitiu-se a execução penal em segunda instância, argumentando que não afrontava o princípio e logo adiante o firmou outro nas ADC 43,44 e 45, da impossibilidade de executar a pena de forma antecipada e o legislador brasileiro descontente com a temática, influenciado pela opinião popular, propôs uma emenda à constituição a fim de voltar à execução penal em segunda instância. Palco de muitas discussões calorosas, questiona-se as ofensas do princípio e os avanços dos direitos humanos para consolidação de presumir um acusado inocente até sentença definitiva.

Palavras-chave: presunção de inocência. direitos fundamentais. pacto de São José da Costa Rica.

ABSTRACT

The principle of presumption of innocence achieved in art. 5th LVII of the Federal Constitution, guarantees that no one can be found guilty without a final and unappealable conviction, that is, guaranteeing the individual's right to have their case examined until a final sentence, a principle advanced by the incorporation of the Pact of São José of Costa Rica, that in the wording of art. 8.2, h, brings the guarantee of appeal to a higher court and the presumption of innocence of the accused. At HC No. 126.292/SP, the Federal Supreme Court allowed criminal execution in the second instance, arguing that it did not affront the principle and soon after it established another in ADC 43, 44 and 45, of the impossibility of executing the penalty of anticipated form and the Brazilian legislator discontented with the theme, influenced by popular opinion, proposed an amendment to the constitution in order to return to criminal execution in the second instance. Stage of many heated discussions, the offenses of the principle and the advances of human rights are questioned to consolidate the presumption of an accused innocent until a final sentence.

Keywords: presumption of innocence. fundamental rights. covenant of San José of Costa Rica.

INTRODUÇÃO

A presunção de inocência, um dos princípios constitucionais de grande importância, aos direitos dos cidadãos, ainda mais dos que respondem processos na ceara penal, prevê que ninguém será considerado culpado sem uma sentença condenatória transitada em julgado, assim conforme o teor do art. 5, inciso LVII da Constituição Federal. O Pacto de São José da Costa Rica vem sedimentando a literalidade do tão louvado princípio.

Binder (2003, p.85) ressalta que o princípio da presunção de inocência figura como um preceito essencial e deve ser percebido na literalidade conforme o art. 5º, LVII, da Constituição Federal “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O presente estudo vem demonstrar a importância, discussão e avanços do princípio no âmbito do processo penal, entendimentos mutáveis dentro do Supremo Tribunal Federal e a nova proposta de emenda à constituição do congresso nacional a fim de voltar à prisão em segunda instância. Deve assegurar a presunção de inocência até o julgamento de todos os recursos, desta forma evitando o risco de mudar indevidamente o norte da trajetória de um indivíduo acusado em um processo judicial, evitando ceifar uma liberdade de forma injusta.

Imaginemos um assalto ocorrendo em uma agência bancária, um sujeito sai de dentro do banco com a bolsa roubada a mão armada com grave violência e ameaça, de uma mulher, por descuido acaba caindo no chão durante a fuga, as câmeras de segurança não pegaram nenhuma imagem do ângulo da queda, chegando ao banco no mesmo instante dos fatos, outro sujeito, estava com roupas idênticas ao criminoso, encontra a bolsa no chão, no mesmo momento a vítima em desespero, mal sabia distinguir os sujeitos, gritou e os seguranças do banco conseguem imobilizar o rapaz até o momento da chegada da polícia, desta forma o inocente é preso em flagrante delito. Tentando se defender dentro no processo, utiliza-se de todos os meios demonstrar a sua inocência, com testemunhas, vindo a ser condenado em primeira instância, inconformado com a decisão, recorre à segunda instância, juntando prova nova com condão de inocentar, o ministério público por sua vez, insistindo na decisão, mesmo sabendo das provas no processo, manifesta para manter condenação, o desembargador sendo omissivo, mantendo a condenação, desta forma, exaurindo embargos, começa a executar provisoriamente a pena do sujeito, então sua defesa ingressa com recurso em terceira instância, demonstrando a inocência e provas ignoradas no processo. Em julgamento, depois de longos dois anos, foi aferido no processo que o acusado era inocente e por consequência absolveu o réu. O estado de fato não irá devolver o tempo ceifado da vida do indivíduo e os traumas que carregará pelo resto da vida.

Até mesmo em um simples caso de incompetência, quando o magistrado não deveria apreciar o processo, mas por ter problemas pessoais com o réu, de toda forma insiste em manter a competência para condená-lo, ignorando todos os direitos. Desta forma conduz os autos, condena e a decisão foi mantida em segunda instância. Deste momento em diante o réu passa a cumprir dois anos de pena antecipada, no decurso de análise pela terceira instância, verificou-se que o juízo primário era incompetente e por consequência deveria anular todos os atos decorrentes.

Casos fáticos como os exemplificados, reforçam a necessidade da observância da presunção de inocência. Nos autos do Tríplex do Guarujá, envolvendo o ex-presidente Lula, em última instância, reconheceu a incompetência de julgamento da 13ª Vara Federal de Curitiba. Nota-se que sua liberdade foi ceifada, seu direito de ser candidato, decorrentes de decisão após a segunda instância. Os direitos humanos, essencialmente o ratificado Pacto de San José da Costa Rica e art. 5, LVII da CF/88, traz a proteção contra prisões injustas, garantindo que o acusado tenha a pena executada somente quando esgotar todos os recursos.

Versa como objetivo responder as indagações: a) É possível de acordo com o Pacto de São José da Costa Rica e Constituição Federal brasileira, a execução penal sem uma sentença definitiva? b) o Supremo Tribunal Federal poderia ter fixado o entendimento da execução penal antecipada não iria fere o princípio? c) poderia o legislador propor emenda à constituição permitindo a prisão em segunda instância?

Desta forma este estudo trará um estudo de casos do Supremo Tribunal Federal, apro-

fundando os julgados, fundamentos jurídicos relevantes à temática, essencialmente os avanços no tratado internacional de Direitos Humanos, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. A importância das garantias mínimas a um acusado durante um processo que pode ceifar sua liberdade mediante a imputação de um crime, bem como, os entendimentos mutáveis do Supremo Tribunal Federal, contrariando a literalidade do princípio da presunção de inocência.

PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA

O Pacto de São José da Costa, também conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi promulgado no dia 22 de novembro de 1969, sendo ratificado pela nação brasileira, somente em 6 de novembro de 1992. O documento prevê deveres dos estados signatários, comprometeram a respeitar as liberdades reconhecidas, garantindo o livre e pleno direito de todo cidadão, sem discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Os tratados internacionais de Direitos Humanos vêm se integrando em nosso ordenamento jurídico pátrio com condão de mudar os entendimentos jurisprudenciais, nas decisões nos tribunais no conceito da ampliação dos direitos fundamentais. O advento da Emenda Constitucional (EC) 45/04, incluiu a redação do §3º no artigo 5º da Constituição Federal (CFRB), concedendo a estes tratados a força de Emenda Constitucional, e os anteriores foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal no status de norma supralegal, ou seja, acima das leis e abaixo da Constituição.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, ressaltou em 2016, durante o seminário “O Direito Internacional dos Direitos Humanos em Face dos Poderes Judiciais Nacional” promovido pelo Conselho Nacional de Justiça e Supremo Tribunal à importância de a nação brasileira respeitar os compromissos internacionais inerentes aos direitos humanos:

É preciso, nessa hermenêutica redentora, olhar para o passado, compreender o presente e projetar para o futuro, levando a sério os compromissos assumidos pelo Brasil em favor dos direitos humanos firmados no plano internacional. Sobre esse tema, o Brasil tem legado do pretérito com revisitas a fazer, futuro de contas a prestar e um presente interrogante

Esses avanços nos Direitos Humanos, sem afrontar a soberania nacional, vêm criando novos mecanismos no sistema jurídico, consolidando os princípios fundamentais, essencialmente o da presunção de inocência, firmando-se na conjuntura do art. 5, LVII da CFRB, nas quais ninguém seria considerado culpado sem uma sentença definitiva e art. 8.2, ‘h’ do Pacto de São José da Costa Rica, garantindo que toda pessoa tenha o direito de ser presumida inocente e de recorrer das decisões em um tribunal superior.

Analisando o lapso temporal das duas últimas décadas, observamos as mudanças no entendimento do STF, em um determinado momento permitiu aplicação de entendimento de execução provisória da pena em segunda instância, sob a alegação de não ferir o inciso LVII, formado por um cenário de pressões políticas, o clamor popular para punição de acusados em escândalos de corrupção, no aumento do discurso do ódio, fanatismo por políticos desprovidos de respeito ao próximo, refletiu em todo ordenamento, assim violando a compressão literal do princípio constitucional. Nestas instabilidades jurídicas, resulta em sérios prejuízos à ampliação

dos louvados Direitos Humanos e propicia um verdadeiro palanque para as discussões jurídicas, enquanto muito das vezes os réus estão a mercê da demora na solução definitiva da questão e em alguns casos não têm recursos para pagar advogados para recorrer após segunda instância.

PALCO DOS EMBATES

Diante dos cenários vislumbrados na percussão dos entendimentos jurídicos acerca da presunção de inocência, aliados a discussão política, clamor popular por punição a políticos corruptos, evidentemente são os palcos fantásticos para discussão dos entendimentos no Supremo Tribunal Federal. Enquanto o perdurar todo este palanque, os menos favorecidos de recursos, nem sempre tem oportunidades de discutir seus direitos até a última instância do judiciário.

A Operação Lava Jato foi um conjunto de ações tomadas no combate a corrupções em contratos de correntes da Petrobras, tendo como titular em prevenção a 13ª Vara Federal de Curitiba. Os embates e manifestações em torno da operação, repercussão midiática, inflamou no julgamento do HC 126.292, de relatoria do finado Ex-Ministro Teori Zavaski, firmando o entendimento da possibilidade da execução penal, após o julgamento em segundo grau de jurisdição, não ferindo a ótica do princípio da presunção de inocência, impactando decisões dos tribunais de todo o país.

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016)

Batisti (2009) ressaltou em sua obra que alguns instantes de nossa sociedade houve a manipulação do Direito Penal, utilizado para efetuar perseguições, tais como efetuação de prisão sustentado em apenas falácias, sentenças infundadas e no tangente do oportunismo dos manipuladores do poder conforme.

A teoria do direito penal do inimigo, sedimentada em antecipação da punição, pena desproporcional, supressão de garantias processuais, além de criação de leis, visando a atingir determinados grupos ou pessoas de nossa sociedade, vem se tornando uma realidade no poder Judiciário. Imaginemos as normas constitucionais em constantes mutações, conforme a conveniência dos entendimentos das cortes, ou mesmo, fundada na opinião pública, desta maneira ignorando as balizas jurídicas, o progresso de nossa sociedade, principalmente da democracia.

O Contexto também recordado pelo Nabuco Filho (2010, p. 94):

Não se pode esquecer que a história é pródiga em erros judiciários. Dentre estes, pode ser lembrado o caso Juan Calas, que foi acusado de ter matado o próprio filho por enforcamento, em Tolouse, na França, no século XVII. Apesar de jurar inocência, foi condenado à pena de morte, com suplício na roda. A opinião pública exultou com sua execução, certa de que ali se fazia justiça. Contudo, após a sua morte, Voltaire, o filósofo do Iluminismo, assumiu sua defesa e demonstrou que o filho de Juan Calas se suicidara. Foi, então, Juan Calas absolvido e sua memória restabelecida. Nesse, como em tantos outros casos semelhantes, a opinião pública esteve sempre ao lado do erro judiciário. E o advogado não parecia para a opinião pública outra coisa senão a exaltação do próprio crime. Se esse foi

um exemplo notório de um inocente condenado, não se pode perder de vista que existem inúmeros casos anônimos de erros judiciários, que jamais serão conhecidos do público.

Na ótica de presunção de inocência, deve-se garantir que o poder judicante não imponha pena ao réu de forma leviana, evitando abusos, tendo por critério norteador o fundamento do contraditório e a ampla defesa. O juiz não deve se revestir de preceitos equivocados, os repercutidos pela imprensa e pelos formadores de opinião pública, para impactar diretamente a vida de alguém, vejam um acusado, quando for preso, perderá o emprego, tempo de convívio com a sociedade, família, além de ser marginalizado nas oportunidades no mercado de trabalho.

Em boa parte, os cidadãos não sabem diferenciar os termos jurídicos de acusado, condenado, assim então, basta à notícia de uma prisão e terá a concepção do indivíduo ser um bandido, assim o rotulando em seu meio de convívio.

Desta forma o réu preso após decisão de segunda instância, sem uma decisão definitiva, sem sombra de dúvidas, viola a sua presunção de inocência, uma vez, sendo inocentes, quais razões do seu cumprimento antecipado da pena. Já dizia o Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, durante o julgamento recente das ADCs 43, 44 e 54: "É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão".

Em 2009, pautado o julgamento do HC 84.078/MG, sem muitos conflitos, pacificou a tese que os réus poderiam responder em liberdade até o trânsito em julgado do processo penal, tão somente posteriormente poderia cumprir a pena:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52] do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos

servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Ninguém poderá ser considerado culpado até uma sentença definitiva, nítido, cristalino o direito em tela, logrado no artigo 5, inciso LVII da CFRB, mas palco de muitas discussões no Supremo Tribunal Federal, em 17/02/16, no julgamento do HC 126.292/SP, decidiu que a execução provisória da pena não fere o dispositivo constitucional, culminando numa explosão de execuções penais provisoriamente, criando outro problema o encarceramento em massa e falta de espaço nas unidades prisionais.

A mudança no entendimento em testilha feriu a presunção de inocência, pois, se o réu com sentença condenatória conforme o segundo entendimento sobre a temática, não figura como presumido inocente, isto propicia um cenário da execução da pena de imediato, mesmo de forma provisória. Notoriamente a Suprema Corte no entendimento usurpou a competência legislativa, afrontando a literalidade do artigo 5º, inciso LVII.

Postergou-se a violação do direito em tela até o julgamento da ADC 43, 44 e 53, com efeito, "erga omnes", ou seja, com efeitos para todas as instâncias, confirmando a constitucionalidade da redação do art. 283 do Código de Processo Penal: "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.":

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação e assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. Brasília, 7 de novembro de 2019. MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

Não se deve confundir a natureza da prisão cautelar com a da execução penal provisória. Na cautelar, possui um caráter provisório e excepcional, permitindo-se apenas em flagrante delito e de ordem jurídica fundamentada na excepcionalidade, assim não perfazendo a real intenção punitiva estatal, como ocorre na execução antecipada, desta forma, são utilizadas para assegurar o andamento do processo ou proteção às investigações, assim não violando o princí-

pio da presunção de inocência conforme entendimento do STF:

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO -CULPABILIDADE – GARANTIA EXPLÍCITA DO IMPUTADO – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS – COMPATIBILIDADE COM O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR PENAL – O princípio constitucional da não-culpabilidade, que sempre existiu, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo, impede que se atribua à acusação penal consequências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação irrecorrível. Trata-se de princípio tutelar da liberdade individual, cujo domínio mais expressivo de incidência é o da disciplina jurídica da prova. A presunção de não-culpabilidade, que decorre da norma inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição, é meramente relativa ('juris tantum'). Esse princípio, que repudia presunções contrárias ao imputado, tornou mais intenso para o órgão acusador o ônus substancial da prova. A regra da não-culpabilidade – inobstante o seu relevo – não afetou nem suprimiu a decretabilidade das diversas espécies que assume a prisão cautelar em nosso direito positivo. O instituto da tutela cautelar penal, que não veicula qualquer idéia de sanção, revela-se compatível com o princípio da não-culpabilidade. (HC 67.707/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 07/11/1989)

PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO- -CULPABILIDADE E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – COMPATIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL, DESDE QUE SE EVIDENCIE A IMPRESCINDIBILIDADE DESSA MEDIDA EXCEPCIONAL. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgredir o princípio constitucional da não-culpabilidade, desde que a privação da liberdade do sentenciado – satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes – encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção. Precedentes. – A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, ao condenado o direito de (sempre) recorrer em liberdade, pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao 'status libertatis' do réu, estabelece, em seu Artigo 7º, nº 2, que 'Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas', admitindo, desse modo, a possibilidade de cada sistema jurídico nacional instituir os casos em que se legitimará, ou não, a privação cautelar da liberdade de locomoção física do réu ou do condenado. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal – embora admitindo a convivência entre os diversos instrumentos de tutela cautelar penal postos à disposição do Poder Público, de um lado, e a presunção constitucional de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, nº 2), de outro – tem advertido sobre a necessidade de estrita observância, pelos órgãos judiciários competentes, de determinadas exigências, em especial a demonstração – apoiada em decisão impregnada de fundamentação substancial – que evidencie a imprescindibilidade, em cada situação ocorrente, da adoção da medida restritiva do 'status libertatis' do indiciado/réu, sob pena de caracterização de ilegalidade ou de abuso de poder na decretação da prisão meramente processual." (HC 89.754/BA, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Em uma ação penal não se demonstra razoável ao acusado/denunciado incumbir de mostrar a sua própria inocência, assim, este papel acusador, compete ao Ministério Público, corroborando com as provas inequivocamente, sem arguir quaisquer dúvidas acerca da culpa do acusado, além de claro, dos fatos da imputação no tocante à autoria e materialidade (RTJ 161/264-266). O Estado deve tratar o acusado com presunção de inocência, desta forma, garantindo todos os meios de defesa processual, porquanto se tratando de uma norma de tratamento, sendo sua violação ensejando a ilicitude e afronta as garantias fundamentais (HC 115.613/SP):

A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo ou juridicamente a este equiparado, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial con-

denatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (HC 115.613/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Após o julgamento dos HC 84078 MG, das ADCs 43, 44 e 53, consolidou-se o princípio constitucional da presunção de inocência, alguns deputados e senadores descontentes com os julgados, passaram a incitar a PEC 199/19, prevendo a possibilidade de extinguir os Recursos Extraordinário e Especial no âmbito do processo penal, diante disso o retorno da prisão em segunda instância. Ao retirar do Superior Tribunal de Justiça e STF a apreciação de eventuais afrontas a Constituição, driblariam o atual entendimento sobre o princípio da presunção de inocência.

Não deveria se aviltar a relevância dos Direitos Humanos, solidificados internacionalmente, sobretudo, a com mais intensidade após a segunda guerra mundial, culminando em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em nossa nação a incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos exaltou à grande repercussão na esfera jurídica, essencialmente com o advento da EC 45/04, o Supremo Tribunal Federal, diante dessa situação fática, viu-se na obrigação de se posicionar referente os tratados internacionais anteriores, como o Pacto de São José da Costa Rica, DUDH, entre outros, concebendo os status de norma suprallegal, ou seja, acima da legislação vigente e abaixo da emenda constitucional. Esse entendimento foi firmado durante o julgamento sobre a possibilidade prisão do depositário infiel no RE 466.343-1 SP:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. ¹

Na ocasião Gilmar Mendes² em reforço da sua tese, sobre o Pacto de San José da Costa Rica, no entendimento que entra no direito brasileiro como norma suprallegal: abaixo da Constituição, é certo, mas acima das leis comuns.

Em segunda instância, em 2009, firmou-se um entendimento sobre a impossibilidade de execução penal após segunda instância, posteriormente em 2016, permitiu-se, assim gerando pleno conflito de sua aplicação. Posteriormente em 2019, voltou atrás expressando a impossibilidade por violar a Constituição Federal e não competir ao STF mudar o entendimento dos dispositivos constitucionais.

Com as ratificações de tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio, abrindo margem para questionamentos sobre os tópicos da presunção de inocência e o direito de defesa pessoal do acusado, entre outros assuntos de suma importância. O princípio da presunção da inocência precisa ser respeitado, o poder judicante e o legislador, não podem transferir a morosidade dos processos em penalidade ao réu, aguardante de uma decisão final sobre sua liberdade.

O decreto nº 678/92, ratificou o tratado do Pacto de São José da Costa Rica, antes da

¹RE 466.343-1 SP

² Ministro do Supremo Tribunal Federal.

EC 45/04, portanto não foi aprovado pelas casas legislativas, em dois turnos por três quintos, assim não poderia se enquadrar como emenda a constituição, no entanto também pela grande importância da temática não poderia ficar abaixo das leis comuns, desta forma conforme o entendimento do STF deve ser classificado como norma supralegal, em consonância com o entendimento extraído nos autos de HC 84.078/MG, firmou-se a impossibilidade da prisão em segunda instância, tendo em vista a figuração do art. 5, LVII da CFRB c/c art. 8.2, h do Pacto de São José da Costa Rica.³

Ao teor de toda discussão, o direito da presunção de inocência, seria afrontador a garantia constitucional consolidada como cláusula pétrea e direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, não deveria prosperar novas discussões sobre a possibilidade da execução antecipada da pena, mesmo se sobrevier como proposta de emenda a Constituição pelo Congresso Nacional.

AFRONTA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CASO DO EX-PRESIDENTE LULA

O processo emblemático do retorno da discussão de prisão em segunda instância, foi o do ex-presidente Lula, no caso do Tríplex do Guarujá, quando foi condenado em primeira instância pelo ex-juiz Sergio Fernando Moro. Em segunda instância pelo Tribunal Federal da 4ª Região manteve a decisão. Em sintaxe os autos versam sobre se o ex-presidente teria recebido vantagem indevida decorrentes de contratos das empreiteiras com a Petrobras. O processo levou a defesa ingressar com muitos recursos, por fim logrou êxito em reconhecer a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba na decisão dos Embargos de Declaração em Habeas Corpus 193.726 Paraná:

[...] Ante o exposto, com fundamento no art. 192, caput, do RISTF e no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, concedo a ordem de habeas corpus para declarar a incompetência da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba para o processo e julgamento das Ações Penais n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), 5021365-32.2017.4.04.7000/PR (Sítio de Atibaia), 5063130-17.2018.4.04.7000/PR (sede do Instituto Lula) e 5044305-83.2020.4.04.7000/PR (doações ao Instituto Lula), determinando a remessa dos respectivos autos à Seção Judiciária do Distrito Federal. Declaro, como corolário e por força do disposto no art. 567 do Código de Processo Penal, a nulidade apenas dos atos decisórios praticados nas respectivas ações penais, inclusive os recebimentos das denúncias, devendo o juízo competente decidir acerca da possibilidade da convalidação dos atos instrutórios. Considerada a extensão das nulidades ora reconhecidas, com fundamento no art. 21, IX, do RISTF, declaro a perda do objeto das pretensões deduzidas nos habeas corpus 164.493, 165.973, 190.943, 192.045, 193.433, 198.041, 178.596, 184.496, 174.988, 180.985, bem como nas Reclamações 43.806, 45.948, 43.969 e 45.325. Junte-se cópia desta decisão nos autos dos processos relacionados, arquivando-os. Comunique-se a Presidência do Supremo Tribunal Federal, perante a qual tramita o ARE 1.311.925. Publique-se. Intime-se. Brasília, 8 de março de 2021. Ministro EDSON FACHIN Relator

Depois do reconhecimento da incompetência, o processo foi redistribuído para a 10ª Vara Criminal do Distrito Federal, ganhando a numeração de 42543-76.2016.4.01.3400, no desfecho da sentença de primeira instância, culminou na absolvição do réu, diante das provas não terem condão absoluto para ensejar condenação. O Juiz Ricardo Augusto Soares Leite relatou na sentença: “A colaboração premiada, bem como o testemunho de outros réus, não possui

³ Artigo 8º - Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

credibilidade suficiente para qualquer juízo condenatório” e que “o áudio captado não constitui prova válida para ensejar qualquer decreto condenatório”. Há suspeitas também da ocultação de fatos por Bernardo e Cerveró. O julgador não pode firmar uma sentença com base em delações premiadas, precisando ter a máxima cautela, pois, são meios de obtenção de prova, relevantes para investigação em curso. Este entendimento já foi sedimentado pelo Supremo Tribunal (STF, HC 127.483).

Autos civis nº 1076258-69.2016.8.26.0100, em trâmite na comarca de Guarujá, o Tribunal de Justiça de São Paulo, condenou à construtora OAS e Cooperativa Habitacional dos Bancários à restituição de valores pela finada Marina, na compra do triplex de Guarujá, reiterando que não existiam evidências de uso do imóvel.

No caso em testilha o réu cumpriu pena após o julgamento de segunda instância, diante de delações que embasou a condenação, o juiz na época agiu de forma autoritária, expondo inclusive os áudios à imprensa, forçando a todo momento os elementos probatórios, a fim de condenar, presumindo-o culpado a todo custo, quando o processo teve a incompetência do juízo reconhecida pelo STF, foram redistribuídos ao juiz do Distrito Federal, restando então absolvido.

Desdobramentos posteriores, no término de 2018, o ex-magistrado Sérgio Moro, já vinha demonstrando diálogos políticos, principalmente com o atual presidente Jair Messias Bolsonaro, colocando em dúvida a atuação como magistrado nos processos contra o ex-presidente, o que movimentou representações do Brasil todo, sendo a principal de Benedito Silva Junior, acadêmico de Direito do interior do Paraná, nas quais sustentou que o magistrado agiria fora da ética em dialogar com o presidente em possível nomeação ao cargo de ministro da Justiça. De acordo com a Constituição Federal no art. 95, veda os magistrados de exercício de atividade político-partidária, a lei orgânica da magistratura (LOMAN, artigo 35) prevê deve de manter conduta na vida pública e particular e por fim a vedação de participação de qualquer atividade política partidária nos termos do art. 7 do Código de Ética da Magistratura.

Abusos de autoridade, omissões e mesmo interesses secundários de magistrados podem estar por trás de um julgamento, podendo ceifar injustamente a liberdade de um indivíduo e prejudicar a imagem pelo resto de sua vida. A finalidade da pena seria a primeiro momento punir o indivíduo e no segundo momento de integra-lo na sociedade. No entanto, para aplicação da pena, precisa garantir que o acusado tenha uma sentença definitiva para evitar constrangimentos e ilegalidades.

DA PEC 199/19 – PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Em 2019, o STF firmou o entendimento atual da exceção penal, somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado com apreciação de todos os recursos, inconformado com a decisão, o deputado federal Alex Manente, movido pelas manifestações na mídia social, quanto à revolta das decisões que soltou o ex-presidente Lula, apresentou uma proposta de emenda à constituição, PEC 199/19.

Já dizia SILVA (2020) que a comunicação e a agilidade das informações são um alicerce da democracia, permitindo maior participação da sociedade e dos políticos, tendo como apto a dar respostas à população, em nosso cenário observa a inserção, democratização das redes

sociais, aumento dos cidadãos conectados à internet, impulsionando novas tendências, assim os políticos para atender tais demandas, utilizam-se desta ferramenta como promoção pessoal para o cenário da política.

Desta forma, parlamentares, para atender a nova demanda contra a decisão de impossibilidade de prisão em segunda instância, revolta de cidadãos contra políticos acusados em processos, movimentou deputados e senadores na busca de atender essas questões, uma vez da visibilidade política, mesmo indo contra ótica constitucional e de Direitos Humanos.

As articulações do deputado aliado com o atual presidente do país, Jair Bolsonaro, revestem um populismo na questão da prisão após o julgamento de segunda instância, a fim de atingir adversários, sendo que o projeto continua tramitando na Câmara dos Deputados, dividindo as opiniões dos parlamentares. O Deputado Paulo Teixeira, um dos opositores, defende:

[...]É por isso que defendemos o sistema atual, isto é: que a pessoa condenada em segunda instância possa recorrer no STJ ou no Supremo para corrigir eventuais equívocos de sua condenação. O fato é que hoje as correções são muito grandes, principalmente quando são feitas a favor dos pobres pela Defensoria Pública. Por isso, somos contra mudar o princípio constitucional da presunção de inocência. [...] ⁴:

Para driblar o entendimento do Supremo Tribunal Federal na aplicação do princípio da presunção de inocência, os deputados, articularam para retirar os recursos de apreciação nas altas cortes, para assim não esbarrar na afronta do art. 5, LVII da CFRB e 8.2, h do Pacto de São José da Costa Rica, vejamos a proposta de emenda à constituição 199/19:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do §3º, do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º O art. 102 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 102..... I – s) a ação revisional extraordinária; § 3º A ação revisional extraordinária será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância, que: I – contrariar dispositivo desta Constituição; II – declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; III – julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; IV – julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 4º Na ação revisional extraordinária, o autor deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de repercussão geral, pelo voto de dois terços de seus membros.”

Art. 2º O art. 105 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações, renumerando-se o parágrafo único como § 1º:

“Art. 105..... I – j) a ação revisional especial; § 1º A ação revisional especial será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça dos Estados, ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que: I – contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; II – julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; III – der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. § 2º Na ação revisional especial, o autor deverá demonstrar o interesse geral das questões infraconstitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de interesse geral, pelo voto unânime do órgão julgador, nos termos da legislação ordinária1 . § 3º A lei estabelecerá os casos de inadmissibilidade da ação revisional especial.”

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, assegurada

⁴ AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *Prisão após condenação em segunda instância ainda divide opiniões na Câmara. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/719650-PRISAO-APOS-CONDENACAO-EM-SEGUNDA-INSTANCIA-AINDA-DIVIDE-OPINIOES-NA-CAMARA>>. Acesso em: 12/11/2021.*

a aplicação das regras de processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial àqueles que houverem sido interpostos antes da entrada em vigor desta Emenda. Art. 4º Ficam revogados o inciso III, do art. 102 e o inciso III, do art. 105 da Constituição.

Sala das Sessões em novembro de 2019 Deputado Alex Manente CIDADANIA/SP

As pressões políticas, manifestações públicas nas redes sociais, movem os parlamentares a aderir movimentos, que desafiam os entendimentos judiciais, a PEC 199/19, revestindo de um verdadeiro palanque político para promoção pessoal, diante ao clamor popular por respostas do poder judiciário a tantos descasos de corrupção ocorridos na política nacional. No caso em apreço a proposta em pela fere outro direito incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, a alínea h, art. 8.2 do Pacto: “h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.”. O poder judiciário não deve ser um poder movido à pressão popular ou opinião pública, deve garantir a justiça e aplicações dos fundamentos do Direito.

Ao retirar a possibilidade acesso a terceira instância, o poder de apreciar os processos, após o julgamento em segunda instância, das competências que foram atribuídas pelo constituinte de 1988. Os processos poderiam ser executados a partir da segunda instância, assim, não havendo mais possibilidade de recursos, mas isso ofenderia as atribuições das cortes, que visam guardar as proteções dos direitos louvados na Constituição Federal.

Os Direitos Humanos vêm avançando os direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico e precisam ser observadas com mais frequência pelas nossas autoridades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A morosidade dos julgamentos nos tribunais superiores em concluir a uma sentença definitiva, não podem alçar prejuízos à defesa do réu, muito menos a opinião pública influir em medidas que contrariem a Constituição Federal, neste prisma, como ocorre nesta questão de suma importância da presunção de inocência, poderia resultar em um verdadeiro conceito de politização do poder judicante e provendo injustiças. Conforme nos julgados do Supremo Tribunal Federal, demonstrou inúmeros casos de mudança de entendimento, enquanto várias pessoas foram lesadas no país, tiveram sua liberdade ceifada, confinados num sistema penitenciário inflado. Notoriamente, percebemos a inúmera dificuldade de aplicar o princípio mais básico do Direito Penal, quando a finalidade da pena, em punir o indivíduo e incluí-lo em sociedade, quando a visão ainda predominante da sociedade, vem se revestindo no direito penal do inimigo, inclusive a ponto de afrontar a presunção da inocência.

A reforma recursal deveria ser prioridade do legislador desta forma acelerando o andamento dos trabalhos dentro da Justiça, norteando-se pela incorporação do Pacto de São José da Costa Rica e demais tratados Internacionais de Direitos Humanos, para assim, haver efetiva promoção dos direitos fundamentais e garantir o réu, todos os meios de defesa, quando esgotado, o seu respectivo cumprimento de pena e garantindo medidas de ressocialização de indivíduos a fim de amenizar o cárcere em massa.

O STF, guardião da Constituição, deveria observar a literalidade dos dispositivos, essencialmente na tangente da presunção de inocência, antes mesmos dos julgamentos das ADCs, os avanços louvados pelos tratados internacionais de Direitos Humanos na presunção de inocência nos termos do art. 8.2, h do Pacto de São José. Não poderia ter aplicado entendimentos como

ocorreu em 2016, em permitir a prisão sem sentença definitiva. Portanto a execução penal antecipada fere expressamente o entendimento do art. 5, LVII da CFRB c/c art. 8.2, h do Pacto de São José da Costa Rica.

O tema de grande repercussão e palcos de muitos debates sobre o assunto, atualmente fixou-se o entendimento do último julgado em 2019, sobre a impossibilidade de execução penal antecipada. E a proposta dos deputados de driblar esse direito, sem sombra de dúvidas reveste de inconstitucionalidade, mesmo advindo de PEC, fere os princípios de Direitos Humanos incorporados no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ARAKAWA, Hirohito Diego Athayde. Democracia, poder majoritário e contra majoritário: o debate teórico sobre a revisão judicial. Belém, Dissertação de mestrado defendida no PPGD-UFGA, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3ª Ed, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BAPTISTA, Henrique. Esperança de mudança. Revista Jurídica Visão Jurídica, São Paulo, n.65, p. 78-79, out. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTI, Leonir. Presunção de Inocência. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

BEETHAM, David. Democracia e direitos humanos: direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. In: Direitos Humanos: novas dimensões e desafios. Symonides, Janusz (org.). Brasília : UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. pp.107-138.

BENTO, Ricardo Alves. Presunção de inocência no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2007

BINDER, Alberto M. Introdução ao Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 1 de dezembro de 2021.z

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh/>>. Acesso em: 04/10/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Código de Ética da Magistratura. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>>. Acesso em: 1 de dezembro de 2021.

DALLARI, Pedro. Constituição e tratados internacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

NABUCO FILHO, José. Importância da presunção de inocência. Revista Jurídica Visão Jurídica, São Paulo, v. 01, n.54, p. 94-95, out. 2010.

Ministério Público Federal. Entenda o caso. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>> 23.11.2021.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/6566/010_piovesan.pdf?sequence=5>. Acesso em: 04/10/2020.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf> > . Acesso em: 04/10/2020.

PIOVESAN, Flavia. TEMAS DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < <http://www.institutoriobranco.itamaraty.gov.br/images/pdf/CAD/LXVII/Bibliografia/Direitos-Humanos-e-Desenvolvimento-Social/leitura-obrigatoria/Cpt-Piovesan-2016-Cap03.pdf>>>. Acesso em: 04/10/2020.

POMPEU, Ana. CNJ pede explicações a Moro por aceitar cargo de ministro da Justiça. Consultor Jurídico. Publicado em: 9 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-09/cnj-explicacoes-moro-aceitar-ministerio-justica>>. 23 de nov. 2021.

SILVA Junior. Benedito. COMUNICAÇÃO POLÍTICA E ELEITORAL – NA ERA DIGITAL. Término de Conclusão de Curso. Uninter. 2018. Disponível em: <<https://beneditosilvajr.files.wordpress.com/2021/12/tcc.pdf>>. Acesso em 01/12/2021.

REURB: Instituto jurídico de garantia ao direito social de moradia

REURB: Legal Institute for the guarantee of social housing right

Murilo Lima Nogueira

Escrevente Extrajudicial no Cartório de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas e Tabelionato de Protestos da Comarca de Caarapó-MS. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD



RESUMO

O presente trabalho apresenta uma discussão acerca das medidas jurídicas que compõem a Regularização Fundiária Urbana – REURB e sua importância no âmbito urbanístico, ambiental e social. Marcado pela desigualdade social, o Brasil enfrenta graves problemas com a crescente quantidade de famílias que se assentam irregularmente nas cidades, perfazendo, no ano de 2019, a quantia de 24,8 milhões de residências que apresentaram alguma incongruência qualitativa. A moradia irregular se caracteriza pela ocupação de espaços públicos ou privados de forma inadequada, vivendo sem as condições mínimas de qualidade de vida. Concebida a fim de combater o referido fenômeno, a REURB visa garantir às pessoas que se assentam irregularmente o direito à moradia, positivado como direito social após a vigência da Emenda Constitucional nº 26, de 2000. No decorrer da corrente pesquisa, foi possível identificar que, em razão da existência de problemas causados pelo crescimento e desenvolvimento desordenado dos espaços urbanos, a REURB é o instituto jurídico a ser adotado como política pública de garantia ao mencionado direito social, sendo papel do Estado promover a titulação adequada aos seus ocupantes, refletindo no gozo pleno do direito real de propriedade sobre seus imóveis.

Palavras-chave: reurb. moradia. ocupação irregular. urbanização. desigualdade.

ABSTRACT

This work presents a discussion about the legal measures that make up the Urban Land Regularization – REURB and its importance in the urban, environmental and social scope. Marked by social inequality, Brazil faces serious problems with the growing number of families that settle irregularly in cities, totaling, in 2019, the amount of 24.8 million homes that showed some qualitative incongruity. Irregular housing is characterized by the inadequate occupation of public or private spaces, living without the minimum quality of life conditions. Conceived in order to combat this phenomenon, the REURB aims to guarantee the right to housing irregularly to people who settle down, recognized as a social right after the entry into force of Constitutional Amendment No. 26, of 2000. During the current research, it was possible to identify that, due to the existence of problems caused by the disorderly growth and development of urban spaces, REURB is the legal institute to be adopted as a public policy to guarantee the aforementioned social right, with the role of the State to promote the proper title to its occupants, reflecting on the full enjoyment of the real property right over their properties.

Keywords: reurb. residence. irregular occupation. urbanization. inequality.

INTRODUÇÃO

Como consequência do crescimento acelerado dos centros urbanos, desacompanhado de alicerces jurídicos, urbanísticos, ambientais e sociais que lhe sustente, o Brasil tem enfrentado uma grave crise fundiária, com o aumento desenfreado do uso e parcelamento irregular do solo urbano, dando origem a espaços ocupados de forma clandestina.

Neste contexto, o presente trabalho tem como fim apresentar ao leitor um panorama geral acerca do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro, frisando sua carência quantitativa e, sobretudo, qualitativa, e apontando sua fundamentação na ordem constitucional,

Ato contínuo, tecidas tais considerações de caráter fundamental para a discussão do

tema, a obra trata de um instituto jurídico que tem como objetivo garantir às pessoas que residem em assentamentos informais em áreas urbanas o direito à moradia de forma digna.

Trata-se da Regularização Fundiária Urbana – REUBR, que se configura como um conjunto de medidas interdisciplinares que visam regularizar a moradia dessas pessoas, incorporando o território ao espaço urbano. Como resultado, os indivíduos obtêm o direito real de propriedade, devidamente registrado na Serventia de Registro de Imóveis, provido de infraestrutura básica essencial.

Tal regularização é fruto de um avanço na direção da política fundiária no Brasil, tendo em vista a obrigação do poder público de atuar de forma a prover o acesso dos cidadãos à terra, pois se trata de um bem essencial à vida. Aliás, esta permite que as famílias trabalhem e se desenvolvam, sendo assim, indispensável para a sociedade (BRASIL, 2017).

É o que discorrer-se-á no presente, que estrutura-se, inicialmente, tratando dos aspectos sociais do direito à moradia, e, logo após, dos aspectos constitucionais do direito à moradia. Ao final, tratar-se-á acerca da Regularização Fundiária Urbana – REURB propriamente dita, desde sua incorporação à sistemática legal brasileira até sua efetivação no caso concreto.

A elaboração do corrente trabalho fora desenvolvida sob a abordagem qualitativa, de forma que as informações pertinentes acerca do tema foram tratadas subjetivamente, sendo utilizado o método dedutivo, com a técnica de pesquisa bibliográfica.

DOS ASPECTOS SOCIAIS DO DIREITO À MORADIA

Consoante estudo realizado pela Fundação João Pinheiro, responsável por revisar as informações acerca do déficit habitacional e da inadequação de moradias existentes para o Governo Federal desde a década de 1990, apontou-se que no ano de 2019 uma parcela expressiva da população brasileira carecia de condições mínimas de moradia, correspondendo a um déficit habitacional de 5,8 milhões de moradias.

Referida pesquisa aponta, ainda, as regiões Norte e Nordeste do país como as mais deficitárias quando se trata de residência, ao passo que o estado do Rio Grande do Sul apresenta o menor déficit habitacional.

Por outro lado, além dos aspectos quantitativos, é importante que os quesitos relacionados à qualidade da habitação também sejam considerados. Isto é, quando se debate o direito à moradia, necessário também considerar critérios como a segurança jurídica da posse, a habitabilidade e acessibilidade, além de outras condições.

Aliás, o direito de morar tem relação com vários aspectos, especialmente àquele relacionados à ordem constitucional (LIMA *et al.*, 2019), já que o direito à moradia tem caráter fundamental, implicando que todas as pessoas devem ter acesso a uma acomodação que favoreça o desenvolvimento com dignidade.

Longe disso, é certo que nem todos os locais de moradia são adequados, e existem diversos núcleos urbanos informais onde moram diversas famílias sem as adequadas condições de dignidade (LIMA *et al.*, 2019), ou seja, que não tem acesso aos serviços mínimos, tais como saneamento básico e segurança, vivendo até mesmo em espaços onde a própria comunidade

lida com a segurança e dispõe de suas próprias regras, como se estivessem ‘abandonadas’ pelo Estado (LIMA *et al.*, 2019; ANGELO, 2019).

Sendo mais preciso, de acordo com dados fornecidos ao Ministério do Desenvolvimento Regional, sob a óptica qualitativa, mais de 24,8 milhões de moradias apresentaram alguma incongruência em 2019.

De igual forma, pesquisas desenvolvidas pela ONU indicam que em 2016 mais da metade da população mundial viveu ou ainda vivia em situação de habitação precária, o que denota o panorama de situação crítica em todo o mundo (LIMA *et al.*, 2019; ANGELO, 2019).

Muitas destas pessoas estão em situação de vulnerabilidade por conta do altíssimo ônus com aluguel, considerado atualmente como o componente protagonista do referido déficit.

Se não bastasse, a urbanização acelerada, desacompanhada de uma infraestrutura que lhe sustente, tem culminado na proliferação de favelas, além de diversos outros espaços urbanos ocupados de forma irregular, dando origem ao fenômeno definido como “cidade informal” (ANGELO, 2019; QUEIROZ; LIMA; SOUSA JUNIOR, 2019), isto é,

[...] o conjunto de moradias construídas em locais não reconhecidos oficialmente pelo órgão do Município responsável pelo controle urbano. A cidade informal é constituída por aglomerados, assentamentos irregulares, favelas, bairros não regularizados e conjuntos habitacionais construídos pelo poder público não aprovados pelo município, dentre outros (ANGELO, 2019, p. 17)

Nota-se também que conforme os espaços disponíveis para construção vão ficando escassos nas cidades, em virtude da compra desenfreada, por aqueles que detêm maior poder aquisitivo, de imóvel residencial sem pretensão de uso, tendo como fim tão somente a valorização, o valor do terreno aumenta, inviabilizando a compra por grande parte da população, contribuindo para que conjuntos de pessoas sejam forçadas a assentar-se irregularmente por diversos locais não destinados para tanto (ANGELO, 2019).

Morosamente, políticas públicas foram e são executadas a fim de reverter essa lógica, como ocorrera com a criação do programa Minha Casa Minha Vida, substituído pelo atual governo para Casa Verde e Amarela.

Entretanto, com o aumento desenfreado do custo dos materiais de construção, além da especulação imobiliária, fenômeno supramencionado, o sonho da casa própria ficou um pouco mais distante entre a população de baixa renda.

Noutro vértice, ainda que a maior parte das famílias que se assentam de forma irregular em determinados espaços ser pertencente à uma classe social mais baixa, tal irregularidade também existe em ambientes ocupados por indivíduos pertencentes à classe média-alta. A principal diferença entre estas duas realidades é que os grupos sociais mais vulneráveis ocupam devido à limitação de seu poder aquisitivo, e os grupos sociais mais altos ocupam devido à interesses especulativos. E, devido à influência política/judiciária a regularização se torna muito mais fácil para os grupos de classe mais alta (QUEIROZ; LIMA; SOUSA JUNIOR, 2019).

Não pairam dúvidas, por conseguinte, que a moradia está intrinsecamente ligada às necessidades básicas da vida do homem, embora o referido direito não seja assegurado de forma eficaz à população, sobretudo à classe baixa, carecendo do Estado a implementação de políticas públicas para a concretização do aludido direito.

Desse modo, vê-se a necessidade de investimento na regularização e melhoria das residências já existentes, mas que apresentam alguma inadequação, seja de infraestrutura, edificação ou até mesmo fundiária, partindo do poder público a sua efetivação. Aliás, “Ao contrário do déficit, a inadequação não envolve a substituição de domicílios. Aqui, a gente foca na qualidade das habitações passíveis de melhoras”, consoante explanou Frederico Poley (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2021).

DOS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À MORADIA

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consagrou-se no ordenamento jurídico brasileiro o marco declaratório de uma série de direitos, sobretudo aqueles advindos da própria natureza humana, objetos de diversas lutas pretéritas para seu reconhecimento, hoje, insuscetíveis de disposição, por importar não somente ao seu titular, mas também à toda coletividade.

Positivado pela referida carta magna ao longo do artigo 4º e seguintes, os direitos fundamentais asseguram aos “brasileiros e aos estrangeiros residentes no país”, estendendo-se também aos não residentes¹, a igualdade, a liberdade e a dignidade, além de, dentre tantos, garantir o direito de propriedade.

Consoante anunciado, a efetivação e conseqüente normatização dos referidos direitos são frutos de uma trajetória longa e progressiva, objetos de conquistas históricas, e das constantes transformações e embates sociais.

Aliás, desde a antiguidade houveram batalhas para o reconhecimento da mínima dignidade humana, estendendo-se, consoante os ensinamentos de HERKENHOFF (2000), desde o Código de Hamurabi, na Babilônia, os pensamentos de Amenófis IV, no Egito, a filosofia de Mêncio, na China, a Republica de Platão, na Grécia, na vigência do Direito Romano, bem como em inúmeras civilizações ancestrais.

À época não havia a limitação do poder do Estado, sendo que as leis existentes não postulavam aos cidadãos² direitos que pudessem ser arguidos ao Estado, motivo pelo qual muitos teóricos afirmam que os Direitos Humanos tiveram como marco narrativo a limitação legal do poder estatal.

Recentemente, já na Era Cristã, com a Proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU), estabeleceu-se a proteção universal dos direitos humanos como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações.

Para Persson *et al.* (2019), a luta pelos direitos fundamentais remonta ao final da segunda grande guerra, quando se percebeu, pelos horrores então vividos por seres humanos, que não bastava, como acreditava o burguês revolucionário em 1789 ao tomar a Bastilha, garantir a vida, a propriedade, e a liberdade de pensamento, credo e voto. Precisava-se estender a todos

¹ “[...] a Constituição não pode ser interpretada “em tiras ou em pedaços”, como sempre lembra o Ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal. Por isso, a expressão “brasileiros e estrangeiros residentes no País” deve ser analisada junto com o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir do momento em que o constituinte positivou o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), pretendeu-se atribuir direitos fundamentais a todos os seres humanos, independentemente de nacionalidade” (MARMELSTEIN, 2008).

² “[...] é o cidadão – homem – pleno, quem está provido de superioridade sobre os demais seres; com efeito, aqueles que têm a proeminência da palavra”.

o direito a uma vida digna, e, não apenas sobreviver precisa-se de dignidade.

Desta forma, não pairam dúvidas que os “direitos do homem”, como denominado no passado, não são inéditos da Constituição Federal de 1988, mas sim originários da própria natureza humana, tendo alguns deles inclusive, sido incorporados a esta em momento posterior à sua promulgação.

Dentre eles, frisamos aqui o direito à moradia, reconhecido expressamente em nosso ordenamento jurídico como integrante do rol de direitos sociais somente com a vigência da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, a qual alterou o art. 6º da Constituição Federal para vigorar com a seguinte redação, in verbis:

“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Destaque nosso).

Na ocasião da promulgação da referida emenda, tratou-se do cumprimento pelo Estado brasileiro aos encargos avocados diante do Direito Internacional, concretizando-se como cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4º, inciso IV, da Carta Magna desta Federação.

Aliás, o direito à moradia já fora objeto de preocupação do constituinte desde a promulgação da Constituição da República, consoante compreende-se da leitura de seu artigo 7º, inciso IV³, que ao positivar aos trabalhadores urbanos e rurais o salário mínimo capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, defendeu-se que este deveria ser suficiente à garantia da moradia.

Noutro vértice, sabe-se que por força do artigo 4º, inciso II, do texto constitucional, o Brasil é guiado, nas suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, e, haja vista o direito à moradia já ser previamente reconhecido internacionalmente em tratados e convenções, este já gozava tacitamente de status constitucional.

Se não bastasse, ainda antes da vigência da mencionada Emenda nº 26, de 2000, a Constituição Federal previa em seu artigo 23, inciso IX, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Evidente, portanto, que muito embora o direito à moradia não era reconhecido como direito social universal, referida garantia já integrava tacitamente o ordenamento constitucional brasileiro, sendo a sua positivação meramente objeto de preocupação do legislador.

Aliás,

“[...] o assunto referente ao direito à moradia não só interessa a determinado Estado, mas a toda humanidade, já que tal assunto é de interesse legítimo internacional, reconhecimento tido nos tratados aos quais o Brasil pertence”. (SOUZA, 2004, p.131). Na verdade, consoante os ensinamentos de NOLASCO (2008, p. 87) “[...] a casa é o asilo inviolável do cidadão, a base de sua indivisibilidade, é, acima de tudo, como apregoou Edwark Coke, no século XVI: ‘ a casa de um homem é o seu castelo’”.

Isto é, faz parte da busca do ser humano, um local onde possa desenvolver-se suas necessidades básicas como “relaxar, trabalhar, educar-se, faz-se necessário um lugar fixo e am-
3 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] V – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;” 4 Vide ADPF 672.

plamente reconhecido por todos”. (SOUZA, 2004).

É o que prescreve, a propósito, o artigo 2º do Estatuto das Cidades, que, amparado na ordem constitucional, garantiu a todos o direito de viver em cidades sustentáveis, tendo direito de posse e ter propriedade de terra, sendo capaz de morar, plantar, se desenvolver com acesso aos serviços básicos como saneamento, energia elétrica, acesso ao transporte público, lazer e oportunidades de trabalho (LIMA *et al.*, 2019).

Entretanto, com o crescimento desenfreado e desordenado das cidades, e ainda, com a expansão do agronegócio, por um lado, as áreas inocupadas foram limitadas aos detentores de maior poder aquisitivo, e por outro, quando economicamente acessível, se mostraram inviáveis para a vida humana.

Quer dizer,

Se em seu estado natural o homem, na imensidão do orbe, encontrava um ponto para estabelecer-se e a abundância de material para a sua edificação, o incremento da população e a carência de espaços livres foram comprimindo a potencialidade de exercício de moradia, até a sua gradual e drástica redução, senão extinção para os mais desfavorecidos (os moradores debaixo das pontes, das ruas, das praças e das calçadas), como ocorre diariamente nos grandes aglomerados humanos. (NOLASCO, 2008, p.88)

Em resposta, uma alternativa à atual lógica imobiliária e, como garantia dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, a Regularização Fundiária Urbana – REURB é a maneira mais factível ao Estado para a adequação de ocupações irregulares, garantindo aos possuidores o título de propriedade com infraestrutura básica para seu desenvolvimento de forma humana.

Nesta ótica, a REURB-S surge como uma solução jurisdicional prioritária para resolver as questões de moradia no país, sendo de escopo social, jurídico e político. No âmbito social, a regularização atua na função de pacificação, pois minimiza os conflitos entre as famílias beneficiárias e a justiça, sendo esta a principal motivação para o desenvolvimento da legislação.

Neste íterim, entende-se que a REURB, além da busca pela minimização dos conflitos fundiários, ou o direito à propriedade em si, tem uma função social, tratando acerca do direito fundamental de moradia, considerando todos os prismas, objetivos e subjetivos relacionados à questão.

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA – REURB

Ab initio, insta consignar que a REURB foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro como meio de efetivação do direito social à moradia estabelecido pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988, e integra o elenco das diretrizes da Política Urbana Nacional, sendo atualmente regulamentada pela Lei nº 13.465, de 2017, que dispõe:

(...) sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União (BRASIL, 2017, p. 1).

Trata-se de um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, que permitem a incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano com

a titulação adequada aos seus ocupantes, permitindo assim, que estes gozem do direito real de propriedade sobre seus imóveis.

Sob a ótica jurídica, referida titulação consiste no reconhecimento dos direitos dos moradores sobre o local em que se instalam, dando àqueles que até então detinham apenas a posse precária sobre o imóvel, segurança jurídica a fim de livremente usar, gozar e dispor como melhor lhe aprouver, com o devido registro da propriedade à margem da matrícula imobiliária junto à Serventia de Registro de Imóveis.

As medidas urbanísticas, por sua vez, correspondem à adequação dos assentamentos humanos com características urbanas à cidade ordenada, com a implantação de obras de infraestrutura essencial, nos termos do artigo 36, § 1º, da Lei nº 13.465, de 2017, tais como: “I - sistema de abastecimento de água potável, coletivo ou individual; II - sistema de coleta e tratamento do esgotamento sanitário, coletivo ou individual; III - rede de energia elétrica domiciliar; IV - soluções de drenagem, quando necessário [...]” (BRASIL, 2017).

As ordens de cunho ambientais, a seu turno, tratam-se de atividades de conservação ambiental e de desenvolvimento sustentável, materializadas através de laudo, onde “deverá comprovar que as intervenções da regularização fundiária implicam a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior” (BRASIL, 2018).

Por derradeiro, as disposições sociais dizem respeito à garantia do direito à moradia de forma digna e às condições de vida adequadas aos seus beneficiários, promovendo, além da “integração social e a geração de emprego e renda”, a garantia da “efetivação da função social da propriedade” (BRASIL, 2018).

Tais medidas ocorrem a nível administrativo, em sua maioria, municipal, em duas modalidades: a REURB-S – Regularização Fundiária de Interesse Social, aplicada a núcleos urbanos informais que geralmente são ocupados por indivíduos de baixa renda; e, a REURB-E – Regularização Fundiária de Interesse Específico, que trata de qualquer outro caso que não se encaixe na primeira modalidade.

No entanto, ainda que exista distinção entre estas duas modalidades, ambas buscam o mesmo objetivo, sendo que, a referida distinção diz respeito basicamente à ocorrência (ou não) de direito à isenção dos emolumentos cobrados pela Serventia de Registro de Imóveis, bem como define a incumbência do ônus do Projeto de Regularização Fundiária Urbana e infraestrutura imprescindível.

Para Antunes (2017), a REURB-S e a REURB-E podem ser interpretadas como espécies do “gênero” REURB. Sendo que a primeira espécie é aplicado à aqueles núcleos urbanos informais que são ocupados predominantemente pela população mais desfavorecida, ao passo que a REURB-E diz respeito aos núcleos urbanos informais que são ocupados pelas parcelas da população que não se enquadra na característica de população desfavorecida.

O decreto de nº 9310, de 2018, que “institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União”, estabelece que poderão ser beneficiadas pelo REURB na modalidade Social apenas famílias que recebem uma renda equivalente a 5 (cinco) salários mínimos, podendo este valor ser diminuído de acordo com especificidades locais e regionais.

De forma geral, isto é, sem distinção entre as espécies do gênero, a Lei nº 13.465, de 2017 prevê em seu décimo artigo que são objetivos da REURB:

- I - identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior;
- II - criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;
- III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;
- IV - promover a integração social e a geração de emprego e renda;
- V - estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;
- VI - garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;
- VII - garantir a efetivação da função social da propriedade;
- VIII - ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;
- IX - concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo;
- X - prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;
- XI - conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher;
- XII - franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária.

Em apertada síntese, seu objetivo é identificar os núcleos urbanos informais e formalizá-los, por meio de mecanismos interdisciplinares, garantindo a seus titulares o gozo do direito constitucional de moradia de forma digna.

No tocante à legitimidade, poderão requerer a REURB a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, diretamente ou por meio de entidades da administração pública indireta; os seus beneficiários, individual ou coletivamente, diretamente ou por meio de cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária urbana; os proprietários de imóveis ou de terrenos, loteadores ou incorporadores; a Defensoria Pública, em nome dos beneficiários hipossuficientes; e, o Ministério Público.

Tratando-se de formação de núcleos urbanos informais, o pedido de instauração da REURB por proprietários de terreno, loteadores e/ou incorporadores ou seus sucessores que tenham dado causa, não os isentará de responsabilidades administrativa, civil ou criminal.

Cumpre enfatizar, por fim, no que tange à legitimidade, que muito embora “os legitimados poderão promover todos os atos necessários à regularização fundiária, inclusive requerer os atos de registro”, consoante prescreve o Art. 14, §1º, da Lei nº 13.465/2017, é de competência do Município no qual estejam situados os núcleos urbanos informais a serem regularizados processar, analisar e aprovar os projetos de regularização fundiária.

Nesta perspectiva, Desengrini (2019) descreve a proposta do REURB como uma ferramenta administrativa eficaz em sua finalidade de normalização fundiária, permitindo assim, promover um impulso para a questão a partir de uma estrutura mais simplificada que conta com o auxílio de medidas administrativas e extrajudiciais, e com o município sendo colocado como o principal agente desta modalidade de política pública, afastando de cena o Poder Judiciário, incapaz de atender às necessidades dos jurisdicionados dentro do ritmo adequado.

Referidas medidas administrativas têm como objeto tanto áreas públicas quanto particulares, sendo que no que diz respeito às áreas públicas a legislação acerca da regularização fundiária em estudo não faz distinção entre elas, ao contrário do Código Civil Brasileiro, que, em matéria de bens públicos os delimita como dominicais, de uso comum do povo, ou então, de uso especial.

A propósito, como se sabe, nos termos do artigo 17 da Lei nº 8.666/93, “a alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação [...]” e, “quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência”.

Longe disso, o artigo 71 da Lei nº 13.465, de 2017 prevê que “para fins da Reurb, ficam dispensadas a desafetação e as exigências previstas no inciso I do caput do art. 17 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”, supramencionada.

Em seu entendimento, isto se deve ao fato de os legisladores terem adotado a chamada Teoria da Desafetação Tácita, pela qual entende-se que aqueles imóveis que sejam formalmente de outra natureza, quando não estão cumprindo para com a sua destinação, sejam entendidos como de natureza diversa (ANTUNES, 2017).

Neste vértice, ruas, praças, e outros bens públicos que nunca foram construídos e/ou incorporadas ao patrimônio público poderão destinar-se à garantia do direito de habitação.

Conforme Antunes (2017) isto se explica pelo entendimento de que o legislador reconheceu que diante de um cenário no qual o imóvel público não atende a sua função social, o direito à moradia do popular deve prevalecer sobre a propriedade de cariz público.

Por outro lado, tratando-se da forma de aquisição da propriedade, a Lei nº 13.465/2017 classifica a legitimação fundiária como mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade.

Diversa da aquisição derivada, onde existe um vínculo entre atual e o proprietário anterior do imóvel, na aquisição originária o referido vínculo existente é do atual proprietário intrinsecamente com o bem, de forma que não existe qualquer resquício de ligação com proprietário pretérito, inexistindo qualquer ônus ou gravame sobre o imóvel.

In casu, ante à aquisição originária, o Registrador está limitado à qualificação formal do título apresentado, que seja, a CRF – Certidão de Regularização Fundiária.

Ressalta-se que a referida análise a ser realizada pelo Registrador não é no intuito de impedir o acesso do título pretendido ao fôlio real, mas sim fazer com que sejam cumpridos os

princípios que norteiam os registros públicos.

Acerca do tema, o renomado doutrinador KIOITSI CHICUTA (2004, p.237), deixa assentado em seus ensinamentos que:

[...] é ampla a competência do Registrador para o exame de qualificação. Cabe ao Oficial a defesa dos princípios que norteiam os registros públicos e admite-se incursão em seus aspectos, não só extrínsecos, mas também intrínsecos, tanto assim que penetra no exame da validade dos negócios jurídicos (art. 166 do CC).

Neste íterim, complementa LUIZ EGON RICHTER (2004, p. 189) em sua obra acerca da qualificação notarial e registral:

[...] qualificar é algo mais profundo do que simplesmente examinar ou verificar um objeto, pois o exame e a verificação ficam no campo da contemplação [...]. No Registro de Imóveis, a qualificação do título transcende a mera contemplação, passando para o campo da substancialidade do objeto, no caso o título apresentado para fins de registro. A verificação é o início do caminho que deve levar à análise do mérito jurídico do título, com a finalidade de deferir ou não o registro.

Assim, quando o registrador concluir que a Certidão de Regularização Fundiária é passível de ser registrada, e, não havendo exigências nem impedimentos legais, nos exatos termos do artigo 51 da mencionada Lei nº 13.465/2017, o oficial do cartório de registro de imóveis efetuará o seu registro na matrícula dos imóveis cujas áreas tenham sido atingidas, total ou parcialmente.

A partir de então, consolidar-se-á, além da plena propriedade do imóvel em favor do interessado, como consequência à publicidade do título por intermédio do registro de imóveis, o cumprimento do Estado do dever constitucional de garantia não somente aos trabalhadores urbanos e rurais, consoante estabelece o artigo 7, inciso IV, da CF/88, mas à toda a população por ele tutelada, de melhoria de sua condição social, com moradia que atenda às suas necessidades vitais básicas e às de sua família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante restou evidenciado, sendo o Brasil um país em que a desigualdade social se destaca, o Estado enfrenta graves problemas com a crescente quantidade de famílias que se assentam irregularmente nas cidades, e, conseqüentemente, acabam sofrendo por conta da marginalização, e da ausência de saneamento e infraestrutura urbana, ou seja, que vivem sem a qualidade de vida mínima para uma sobrevivência digna.

De igual forma, não pairam dúvidas de que o referido dilema já fora objeto de preocupação do legislador desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando, ao positivar aos trabalhadores urbanos e rurais o salário mínimo capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, defendeu-se que este deveria ser suficiente à garantia do direito de moradia, acrescida da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, que trouxe ao direito à moradia o status de direito social/fundamental, até os dias presentes, com a edição da Lei nº 13.465 de 2017.

Neste íterim, a obra destacou a relevância da adoção políticas públicas a serem executadas a fim de reverter esse déficit habitacional que assola sobretudo a classe baixa deste país, com investimento na regularização e melhoria das residências já existentes, incorporando-as ao perímetro urbano regular.

Foi externada a importância da REURB no cenário brasileiro como ferramenta de combate às sequelas da desigualdade social, consistente num instituto jurídico cujo procedimento visa garantir o direito à moradia sobretudo à população que se aloca em assentamentos informais e em áreas irregulares nas cidades, garantindo aos beneficiários segurança jurídica a fim de usar, gozar e dispor do imóvel, com o devido registro da propriedade à margem da matrícula imobiliária junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

Entretanto, sendo o Estado garantidor do direito à moradia como direito fundamental, deve atuar em favor da legitimação das residências irregulares e inadequadas, e, com um conjunto de medidas pluridisciplinares, quer seja, jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, permitir que as referidas famílias se assentem com dignidade e tenham, ao menos, uma qualidade de vida básica.

Verifica-se também, por outro lado, além da regularização das moradias anômalas já existentes, a necessidade de que as cidades sejam planejadas e se desenvolvam de forma ordenada, visando a garantia de moradia para toda a população com o acesso a serviços básicos necessários a uma vida com dignidade, evitando a ocorrência do fenômeno gravíssimo que se observa na atualidade, previamente tratado neste escrito.

Evidente, portanto, que não obstante consignar-se como marco histórico no ordenamento jurídico fundiário do Brasil, a mera edição de normas legais não torna o instituto da Regularização Fundiária Urbana – REURB, isoladamente, resposta à atual crise fundiária, incumbindo à administração pública, sobretudo aos municípios a sua adoção como política pública de combate ao déficit habitacional.

Afinal, regras formais não extinguem a lide da falta de alternativa habitacional, ao passo que a ausência de subsídio do executivo na implantação de políticas relacionadas à regularização fundiária e ao desenvolvimento ordenado das cidades contribuirá, progressivamente, para a gradação dos loteamentos irregulares, ocupações informais, favelas, que se assentam nas áreas mais frágeis dos centros urbanos.

REFERÊNCIAS

ANGELO, A. M. V. Análise do PPAG/PBH 2018/2021 do ponto de vista da regularização fundiária e urbanização em área de interesse social em ambiente urbano. Monografia (Especialização em Administração Pública) – Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: < <http://monografias.fjp.mg.gov.br/bitstream/123456789/2664/1/Ana%20Margarida%20Vieira%20Angelo.pdf> >. Acesso em: 29-MAI-2021.

ANTUNES, Marcello Rennó de Siqueira. O regime constitucional da propriedade pública dominical federal e a moradia social. 2017. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20904>. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL, Habitat para a humanidade. Tanta gente sem casa, tanta casa sem gente. Disponível em <<https://habitatbrasil.org.br/impacto/nossa-causa/#:~:text=Mais%20de%206%2C35%20milh%C3%B5es,fam%C3%ADlias%20vivem%20em%20%C3%A1reas%20urbanas>>. Acesso em: 29-MAI-2021.

BRASIL. Lei Federal nº 13.465 de 11 de julho de 2017. REURB. Regularização Fundiária Rural e Urbana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 06 nov. 2021.

CHICUTA, Kioitsi. Qualificação dos títulos judiciais. Introdução ao Direito Notarial e Registral. Coordenação Ricardo Dip – Porto Alegre: IRIB: Fabris, 2004.

DESENGRINI, M.E.F. A REURB como instrumento de regularização fundiária para as comunidades do maciço central em Florianópolis - SC. 2019. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Transportes e Gestão Territorial) - Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/214509>>. Acesso em: 06 nov. 2021.

HERKENHOFF, João Baptista. Cidadania. São Paulo: Acadêmica, 2000.

LIMA, R. N. D. A regularização fundiária urbana de interesse social (REURB-S) como solução jurisdicional prioritária: uma diretriz para a atuação da defensoria pública na figura de custos vulnerabilis nos litígios coletivos possessórios urbanos. In: CONADEP, XIV, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=42526>>. Acesso em:

MARMELSTEIN, George. Titularidade de Direitos Fundamentais por Estrangeiros Não Residentes no País. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/04/29/titularidadede-direitos-fundamentais-por-estrangeiros-nao-residentes-no-pais/>>. Acesso em: 13-MAI-2021.

MEURER, S.A. Estudo da aplicação da Lei Federal nº 13.465/2017: REURB e seus decretos no município de Florianópolis - Santa Catarina. 2020. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Transportes e Gestão Territorial) - Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/215963>>. Acesso em: 06 nov. 2021.

NALINI, J. R. Perspectivas da regularização fundiária. In: NALINI, J. R.; LEVY, W. Regularização fundiária. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 20174.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. Direito Fundamental à Moradia. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

O ESTADO DE S. PAULO, Notas & Informações. O déficit de moradias dignas. Estadão, 04-JUN-2021. Disponível em <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes,o-deficit-de-moradias-dignas,70003736419>>. Acesso em: 04-JUN-2021.

PERSSON, R. *et al.* O DIREITO SOCIAL À MORADIA DIGNA E A

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA - REURB COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO. Disponível em: <<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/12816/11497>>. Acesso em: 13-MAI-2021.

QUEIROZ, J. H. M.; LIMA, D. F.; SOUSA JUNIOR, A. M. Regularização fundiária de interesse social: a etapa de registro de imóvel no município de São Miguel/RN. Caderno de Pesquisa, Ciência e Inovação, v. 2, n. 1, p. 1-162, 2019. Disponível em: <<https://www.researchgate.net>>. Acesso em: 29-MAI-2021.

RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. Introdução ao Direito Notarial e Registral; coordenação Ricardo Dip - Porto Alegre: IRIB: Fabris, 2004.

SECRETARIA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO. Regularização Fundiária Urbana (REURB). 2020. Disponível em: <<http://www.capacidades.gov.br/dicionario/index/letra/r>>. Acesso em:

29-MAI-2021.

SILVA, Janaino Ferreira. Cidadãos e não cidadãos na Atenas do período Clássico: O processo contra Neera. Disponível em <[http://www.neauerj.com/Nearco/arquivos/ numero15/1.pdf](http://www.neauerj.com/Nearco/arquivos/numero15/1.pdf)>. Acesso em: 29-MAI-2021.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Registro de marca: apresentação da empresa Liza Santos Estética Facial

Eliane Marli de Sousa

Bacharel em Administração, Faculdade Municipal de Palhoça

Alissane Lia Tasca da Silveira

Advogada e Professora na Faculdade Municipal de Palhoça.

Doutora em Administração e Turismo - UNIVALI



RESUMO

Com o cenário econômico atual apontando para um aumento considerável na abertura de empreendimentos tanto formais quanto informais, é considerado indispensável que o empreendedor busque conhecer e compreender mais a fundo sobre os meios necessários para que o mesmo consiga proteger legalmente a sua marca. Assim, tendo como base a real relevância da ação de registro de marca para a atuação de uma empresa, traz-se como objetivo principal desse estudo, apresentar os procedimentos obrigatórios para se realizar o registro de marca da empresa Liza Santos Estética Facial junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), e posteriormente efetuar o referido registro da mesma. Desta forma, o presente trabalho foi fundamentado com o intuito de promover auxílio e um maior conhecimento acerca do registro de marca, assim como especificar mais sobre os processos indispensáveis para o registro de marca e por fim, ressaltar a importância de se registrar a marca. Para o desenvolvimento desta pesquisa buscou-se utilizar variados autores com a intenção de frisar diferentes pontos de vistas sobre o assunto, com o intuito de enriquecer a este trabalho. Como procedimentos metodológicos utilizados aponta-se a utilização de pesquisas em âmbitos variados, desde a aplicada, descritiva, bibliográfica, documental e pesquisa de campo. Dessa forma, este trabalho foi elaborado com a intenção de contribuir para que a empresa estudada tenha mais segurança ao se amparar legalmente registrando de modo correto a marca da qual já faz uso.

Palavras-chave: direito empresarial. propriedade industrial. registro de marca empresarial.

ABSTRACT

With the current economic scenario pointing to a considerable increase in the opening of both formal and informal enterprises, it is considered essential that the entrepreneur seeks to know and understand more deeply about the means necessary for him to be able to legally protect his brand. Thus, based on the real relevance of the trademark registration action for the performance of a company, the main objective of this study is to present the mandatory procedures to carry out the trademark registration of the company Liza Santos Estética Facial with the Institute National Industrial Property (INPI), and subsequently carry out the aforementioned registration. Thus, the present work was based in order to promote assistance and greater knowledge about trademark registration, as well as specifying more about the indispensable processes for trademark registration and, finally, highlighting the importance of registering the trademark. For the development of this research we sought to use several authors with the intention of highlighting different points of view on the subject, in order to enrich this work. As methodological procedures used, the use of research in varied scopes, from applied, descriptive, bibliographical, documental and field research is pointed out. Thus, this work was prepared with the intention of contributing so that the studied company has more security when legally supporting itself by correctly registering the trademark it already uses.

Keywords: business law. industrial property. business brand registration.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo apresentar a ação de registro de marca para os interesses de diversos profissionais que necessitam de segurança e apoio jurídico seja para proteger suas invenções, marcas ou afins, orientando-os na busca de suporte junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) é uma autarquia federal responsável

analisar e por fim, conceder ou não ao requerente o direito de exploração econômica sobre a propriedade industrial a ser registrada, desta forma todos os direitos de qualquer item vinculado a nomenclatura de propriedade industrial poderão ser reivindicados apenas após o INPI conceder a correspondente concessão.

O referente campo de propriedade industrial encontra-se protegido pelo inciso XXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o que elevou aos bens a eles relacionados a categoria do direito constitucional.

Na Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996, aborda-se sobre propriedade de bens e direitos incorpóreos, sendo eles: marca, desenho industrial, invenção, modelo de utilidade e conseqüentemente a repressão às falsas indicações geográficas e a concorrência desleal, pois o registro dessas propriedades industriais possibilita ao empresário que a sua marca não seja utilizada por qualquer outra pessoa, vinculando também a impossibilidade no uso de qualquer outra marca que possam julgar com alguma semelhança, auxiliando no que diz respeito a qualquer possibilidade de confusão por parte dos consumidores.

O principal ponto a ser abordado nessa pesquisa é a importância do registro de marca no âmbito empresarial, bem como a efetivação desse registro para a empresa que serve como objeto desse estudo, assim, buscando ilustrar mais sobre a proteção destinada as empresas oriunda do registro, neste trabalho será descrito questões referentes ao registro da marca em si, assim como o período de duração para a efetivação deste, bem como a possibilidade de prorrogação do mesmo e trazendo também dados sobre a taxa a ser efetuada.

A empresa utilizada como foco da pesquisa está situada no bairro Pagani em Palhoça, foi fundada no ano de 2019 e atualmente efetua atividades basicamente no ramo de estética facial, prestando atendimentos de diferentes serviços vinculados a essa área e também comercializando produtos voltados para a estética facial.

Administração

A origem e evolução da Administração tal qual conhecemos atualmente, está diretamente relacionada com a história da humanidade, sendo possível encontrar vestígios de sua presença até mesmo em diversas civilizações consideradas primitivas. É possível encontrar argumentos favoráveis a essa afirmação em diversos estudos.

Como afirma Silva (2008) quando menciona que mesmo de uma forma tênue é possível encontrar traços da administração em diferentes povos assim como em diferentes tempos cronológicos. Esse fato nos chama a atenção para a real conotação desta prática em inúmeras atividades desenvolvidas pelo homem.

Da mesma maneira Gullo (2016), cita a presença da administração já na pré-história, quando as pessoas se organizavam em grupos e desenvolviam atividades de produção, pesca e trocas de produtos, em concordância com esse pensamento Rossés (2014, p.15) afirma que “A administração, tal como conhecemos hoje, é resultado histórico e integrado de inúmeros precursores. Referências históricas mostram que até hoje conceitos administrativos de mais de 1.200 a.C. ainda são usados no nosso meio”, assim sendo é importante ressaltar que a administração é algo presente e recorrente as atividades humanas, independente e através do tempo.

Sob o ponto de vista de Silva (2008), mesmo com todos os acontecimentos ocorridos em diferentes civilizações, nenhum teve maior influência para esta ciência do que a Revolução Industrial em si, assim também Gullo (2016), contempla que com o surgimento da Revolução Industrial, os estudos relacionados a ela e a fundação da primeira Faculdade de Administração por Joseph Wharton na Pensilvânia, Estados Unidos, a administração passou a ser reconhecida como uma área de conhecimento. Sendo assim, essa técnica deixou de ser uma ação abstrata para se tornar o que é atualmente, ou seja, uma ciência.

Assim sendo, é relevante abordar que a administração abrange inúmeros conceitos, Maximiano (2000) contempla o pensamento de que, administrar é agir buscando com que a organização baseie suas decisões e ações na correlação de quatro processos principais, sendo eles planejamento, organização, execução e controle. Em reciprocidade a essa concepção temos Lacombe e Heilborn (2008), quando descrevem que a administração tem por propósito planejar, organizar, dirigir, coordenar e controlar buscando que o resultado almejado seja alcançado por todos os envolvidos. Após apresentar essas duas definições, percebe-se que ambos os autores veem a esta técnica como ação a ser desenvolvida mediante a um objetivo, isto é, para administrar de uma forma correta precisa-se compreender para onde se deseja ir e o que se deseja alcançar.

Ainda contemplando sobre a conceituação da administração, relaciona-se os entendimentos levantados por Gullo (2016), Rossés (2014) e Silva (2008) onde é possível ilustrar que ambos pensam que a administração tem como foco a utilização dos diferentes recursos disponíveis pelas organizações de maneira eficaz e eficiente buscando alcançar da melhor forma possível os resultados almejados, considerando o ambiente onde a mesma está inserida. Desta forma, pode-se identificar que mesmo mediante conceitos diferentes, todos os pensamentos anteriormente citados convergem para a importância da administração no que diz respeito a obtenção de resultados positivos nas atividades organizacionais.

Em relação a tal aspecto é possível contemplar a importância da ciência administrativa ao elencar Maximiano (2000), quando ele especifica que independente dos recursos a serem utilizados durante os processos, saber administra-los é fundamental. Neste contexto Duarte e Barbosa (2013) corroboram com essa afirmação ao defenderem o fato de que toda e qualquer organização para que consiga sobreviver e desempenhar o seu papel precisa manter um olhar constante sobre a administração dos seus recursos, em consonância com esses pensamentos pode-se citar Silva (2008, p.2) quando ressalta que:

A administração é um dos campos mais excitantes e importantes dos cursos universitários, pois envolve o direcionamento das empresas para serem competitivas e lucrativas. Além disso, afeta todas as demais atividades profissionais existentes, já que todas elas devem ser administradas.

Atualmente, mesmo com muitos apresentando a administração como uma ciência antiga, Duarte e Barbosa (2013, p. 11), afirmam que:

O administrador deve estar atento a eventos presentes e passados, bem como às previsões futuras para ampliar seu horizonte. As mudanças do mundo contemporâneo desafiam os gestores em meio a um cenário de ambiguidades e incertezas.

Por analogia a esse fundamento Silva (2008) aborda o fato de que muitos desafios enfrentados pelos administradores nos dias atuais, são extraordinários e sem precedentes, o que nos mostra que com o passar do tempo essa ciência se torna mais complexa e desafiadora, com

a globalização a competição por um espaço no mercado não é algo restrito e sim abrangente.

Atualmente o ato de administrar está intrínseco em diversas profissões e situações, o que mediante as informações apresentadas, faz-se conclusivo que o estudo desta prática é um fator de extrema importância e que precisa constantemente de um profundo embasamento para que as decisões e atitudes sejam consideradas e aplicadas com maior grau de assertividade, assim sendo, é válido aqui ressaltar sobre as funções pertinentes a qualquer administrador, visando embasar a sua forma de administrar.

Funções do Administrador

As funções atribuídas como relevantes a um administrador, consiste em características e ações que devem ser apresentadas e estimuladas, visando permitir e facilitar o desempenho das atividades referentes a esse profissional.

Para expor de forma clara e precisa as principais essas funções, pode-se citar Gullo (2016, p.53) quando o mesmo nos define estas funções como “atividades desenvolvidas nas diversas áreas da empresa para que, assim, essas áreas possam realizar seus processos de operação e de trabalho, e com isto, atingir seus propósitos e objetivos no sentido de criar valor para as pessoas e para a sociedade como um todo. ”. Já Silva (2008, p.9) ilustra que as funções são “... atividades básicas que devem ser desempenhadas por administradores para alcançar os resultados determinados e/ou esperados pelas organizações. ” Neste contexto vale abordar que são quatro as funções do administrador, sendo elas, Planejamento, Organização, Direção e Controle.

Visando ressaltar de forma simples e concisa pode-se utilizar as concepções de diferentes autores sobre a conceituação dessas diferentes funções.

Planejamento segundo Silva (2008), é a determinação dos objetivos da organização, e o detalhamento do que será necessário para alcança-los, para Gullo (2016), essa função corresponde a criação de objetivos futuros e resultados esperados, já se considerarmos Rossés (2014), planejamento deve ser um processo que abrange uma tomada de decisão consciente, quanto aos objetivos a serem buscados no futuro. Assim, compreende-se que a função de planejar é a que deve iniciar todo e qualquer processo em uma organização.

Quanto a organizar, contempla Rossés (2014, p.106), de que essa função “ É a atividade básica da administração, pois serve para agrupar e estruturar todos os recursos, humanos e não-humanos, no intuito de atingir os objetivos estabelecidos. ” Para Silva (2008), organizar é alocar e designar tarefas e recursos de forma racional. Da mesma maneira Gullo (2016, p.54), concorda com as afirmações anteriores, quando descreve determinada função como responsável pela “coordenação de recursos materiais e humanos para montar uma estrutura organizacional (organograma) e processos de transformação desses recursos (fluxogramas, normas e procedimentos), para propiciar o alcance dos objetivos planejados. ” A função organização corresponde a segunda etapa de um processo, onde o administrador é incumbido de alcançar os objetivos da organização com os recursos disponibilizados por ela.

Para a conceituação de direção, utiliza-se primeiramente a visão de Gullo (2016), ao descrever que essa função é a ação referente ao toque humano, é correspondente a quem que movimenta e faz funcionar os processos, cumprindo a missão da empresa e mantendo a sua

existência. Nas palavras de Silva (2008), essa função corresponde a capacidade do administrador em exercer influência tendo como foco principal a sinergia entre colaboradores e a meta organizacional a ser alcançada. E contemplando Rossés (2014), percebe-se a direção como uma ação completamente diferente das outras três funções administrativas, nela o fator crucial é a relação interpessoal. Logo percebe-se que a direção é uma das funções mais complexas por não depender apenas da capacidade individual do administrador, mas principalmente da sua agilidade e tato no trato dos seus colaboradores.

Pode-se descrever a função responsável por controlar com as palavras de Silva (2008), quando menciona que a sua principal responsabilidade é em aferir se tudo está como planejado. Concordando com essa afirmação encontra-se Gullo (2016, p.55), ao descrever que controlar é “comparar o planejado com o executado para medir a efetividade alcançada em relação ao planejado e identificar a necessidade de modificar o que foi planejado, alterando objetivos, estratégias e ações.” Na visão de Rossés (2014), o controle está diretamente relacionado ao planejamento, pois essa função é responsável por verificar se as ações feitas estão de acordo com o esperado. Em outras palavras, o controle corresponde a verificação se tudo está sendo efetuado como o planejado, para assim se e quando necessário, providencias sejam tomadas.

Após a apresentação de todas essas informações, consegue-se utilizar o pensamento de Chiavenato (2008) quando descreve que ao vermos essas quatro funções administrativas em uma forma conjunta, elas representam mais do que apenas funções, elas dão origem a um processo administrativo. Assim, o autor destaca a importância de todas as funções administrativas e a excelência delas quando utilizadas associadamente.

É válido também destacar Duarte e Barbosa (2013), ao levantarem o fato de que além destas funções, os administradores assumem inúmeras outras atividades com o intuito de auxiliar a organização a alcançar os seus reais objetivos.

Posto isso, consegue-se concluir que para que uma determinada organização consiga alcançar seus objetivos é indispensável que suas atividades estejam em plena sintonia com o planejado e para isso é imprescindível um administrador que compreenda e desempenhe bem essas funções, assim, é imperativo afirmar que junto a essas funções descritas, se faz necessário que esse profissional também cultive habilidades que darão à ele suporte no ato de administrar.

Habilidades do administrador

Administrar é uma ação que necessita de competências e habilidades específicas para cada determinada atividade, assim é de extrema importância que o administrador compreenda quais delas são mais necessárias para a função a qual ele é atribuído.

Visando aprofundar mais a esse respeito Duarte e Barbosa (2013) chamam a atenção para o fato de que um administrador precisa saber combinar habilidades e competências, cada um em sua medida necessária para que ele se torne bem-sucedido. Concordando com essa afirmação Silva (2008) argumenta que as habilidades pertinentes aos administradores são o que realmente interferem no desempenho administrativo. Percebe-se assim, que cabe ao administrador desenvolver em si essas habilidades visando exercer da melhor forma possível suas funções.

Para exemplificar quais as habilidades indispensáveis a qualquer profissional administra-

dor, utiliza-se neste estudo a definição elaborada por Robert L. Katz, quando o mesmo subdivide estas habilidades em três categorias, sendo elas, habilidades técnicas, humanas e conceituais.

As habilidades técnicas são segundo Silva (2008), são relacionadas ao trabalho especializado, consiste conhecimento reservado a algo específico e pontual, a visão de Duarte e Barbosa (2013), nos traz a definição desta habilidade como uma capacidade em usar técnicas e conhecimentos em um campo específico, já Lacombe e Heilborn (2008), abordam que habilidades técnicas são típicas a quem tem compreensão e domínio de uma determinada atividade. De um modo resumido pode-se trazer que essa habilidade tem seu foco em atividades que necessitam de uma especialização, ou seja é mais voltada para o operacional.

Referente as habilidades humanas, elas são definidas por de Duarte e Barbosa (2013), como a aptidão de se trabalhar bem com outras pessoas. No contexto de Silva (2008), encontramos essa afirmação de um modo complementado, quando o mesmo afirma que além da capacidade e discernimento para trabalhar com pessoas, há também o exercício da liderança. Lacombe e Heilborn (2008), nos descrevem que essa habilidade é o potencial de uma pessoa para trabalhar com um bom resultado dentro de um grupo, conseguindo que ele coopere nos esforços para alcançar os objetivos já estabelecidos. Como a própria nomenclatura sugere, esta habilidade é referente a capacidade de trabalhar com pessoas diferentes dentro de uma equipe, conseguindo influir sobre elas liderança, motivação visando conseguir a cooperação dos colaboradores.

Habilidades conceituais para Lacombe e Heilborn (2008), implica na capacidade de se ver a organização como um todo, no entender de Silva (2008, p.13), essas habilidades “consistem na capacidade de compreender as complexidades da organização, de modo global, e promover o ajustamento do comportamento dos participantes da organização.” Desta forma, pode-se compreender que habilidades conceituais são referentes ao potencial de discernir sobre o que é necessário identificar e ajustar situações sempre compreendendo que as partes afetam diretamente ao todo.

Um fator importante a ser descrito é o que aborda Silva (2008, p.14) quando nos diz que “À medida que se sobe na escala hierárquica, maior é a necessidade de habilidades conceituais e menor a de habilidades técnicas. As habilidades humanas são fortemente exigidas em todos os níveis hierárquicos da organização...”.

Desta forma consegue-se compreender que mediante as funções que serão desenvolvidas pelo administrador, este precisará focar e desenvolver habilidades diferentes, porém sempre tendo a consciência de que administrar necessita de uma associação constante de diferentes elementos, sendo eles sempre dosados de acordo com a situação presenciada.

Após elencar sobre a Administração de um modo geral, e também abordar sobre as funções e habilidades consideradas por muitos como sendo importantes para esse profissional, o próximo passo da presente pesquisa, será abordar e explanar sobre o assunto do qual se deriva o objetivo deste estudo, assim, falasse-a acerca da propriedade intelectual.

Propriedade Intelectual

A história da evolução humana está repleta de inúmeras descobertas e criações, sendo elas de maior ou menor relevância para os dias atuais, porém a curiosidade, a necessidade, a

imaginação e a criatividade sempre foram combustíveis para a busca de algo que em determinado momento se julgou importante, fosse para o bem de um único indivíduo ou para a sociedade como um todo.

Neste contexto faz-se relevante o pensamento de Kipper *et al.* (2011, p.16) quando os autores contemplam que “É neste universo de descoberta que a Propriedade Intelectual concede ao homem o direito de apropriação sobre suas criações, suas invenções”, em concordância com essa afirmação, Almeida *et al.* (2013) descrevem os direitos de propriedade intelectual como sendo aqueles relacionados com a proteção legal atribuída à alguma criação do intelecto humano, garantindo aos autores o reconhecimento pela obra desenvolvida, assim como a possibilidade de expor, dispor ou explorar comercialmente da sua criação.

A convenção que instituiu a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) atribuiu a definição de propriedade intelectual como sendo:

A soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes, às execuções dos artistas instrumentistas, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviços, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal, e a todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico. (MENCHISE E FERREIRA, 2014)

Sendo assim, é importante ressaltar a compreensão de Borges Barbosa (2010, p.11) quando afirma que “Antes da definição convencional, a expressão “Propriedade intelectual” aplicava-se, mais restritamente, aos direitos autorais”. Atualmente pode-se considerar o ponto de vista de Branco *et al.* (2011, p.12), ao defender que “O conceito de Propriedade Intelectual é amplo, sendo empregado no âmbito industrial, científico ou artístico”. Por analogia percebe-se que “o termo propriedade intelectual está a cada dia mais presente na rotina dos pesquisadores brasileiros” argumenta (RUSSO *et al.*, 2018. p. 9).

Diariamente, deparamo-nos com as mais diversas marcas nos produtos que consumimos e usamos, nas lojas a que vamos e mesmo em nossos lugares de trabalho; utilizamos produtos tecnológicos muitas vezes protegidos por patentes; usamos softwares ininterruptamente em nossas tarefas laborais e, finalmente, em nossos momentos de lazer, lemos livros, jornais, vemos filmes, assistimos novelas, ouvimos música. E não custa lembrar: na cultura do século XXI, quase tudo tem um dono. Esses bens intelectuais são protegidos pela propriedade intelectual. (LEMOS, 2011. p.3)

É importante salientar Barbosa (2009), quando o mesmo argumenta que tanto a origem como a aceitação da nomenclatura “propriedade intelectual” não foi algo assim tão simples, e mesmo nos dias de hoje ainda gera debates, o autor entende que esse fato ocorre devido a unificação de duas áreas científicas diferentes, o direito civil e o direito comercial.

Em nosso contexto atual, cujo desenvolvimento tecnológico é veloz e crescente, favorecido pela redução de fronteiras físicas e pelo acesso ao conhecimento, a Propriedade Intelectual ganhou um importante destaque, especialmente no que diz respeito à contribuição de empreendedores, inventores, cientistas e artistas como indivíduos criadores, os quais passam a dispor de meios para ofertar mundialmente suas criações e inovações. (BRANCO *et al.*, 2011, p.14)

A este propósito, fundamenta Almeida *et al.* (2013, p.11) que “são duas ramificações atribuídas aos direitos da propriedade intelectual: direitos autorais e os direitos de propriedade industrial”, da mesma maneira, Romão e Silva (2019), ressaltam essa divisão ao descrever que as

duas grandes áreas da propriedade intelectual, são: o direito autoral, correspondendo as obras literárias e artísticas e programas de computador, e a propriedade industrial, com sua abrangência sobre as patentes, marcas, desenho industrial, indicações geográficas e proteção de cultivares.

Buscando argumentar mais acerca dos direitos autorais, resguardados sobre a lei nº 9.640/98, acrescenta-se Menchise e Ferreira (2014), com a concepção que o direito autoral busca tutelar a relação jurídica entre o criador e a sua obra, desde que a mesma seja de caráter estético, pois se for utilitário será regido pelo direito industrial.

Da mesma forma, pode-se considerar também a visão de Romão e Silva (2019, p.5) quando a autora descreve que:

Os direitos autorais são aqueles que dizem respeito às criações de caráter intelectual, artístico ou literário do espírito humano, tendo como principal atribuição a garantia de proteção aos autores de eventual uso incorreto ou irresponsável feito por terceiros de suas obras, além de permitir a aqueles explorar tais obras da maneira que achar mais conveniente.

Atualmente com a grande importância da informática e de todos os meios a ela atribuídos e de extrema importância contextualizar e elucidar também acerca da lei do software, que se encontra assegurada sobre a lei nº 9.609/98, onde a mesma constata que:

[...] a lei do software dispõe de proteção jurídica e legal da propriedade intelectual do programa de computador, equivalente a obra intelectual protegida pela lei dos direitos autorais, e equivalente a invenção industrial protegido pelo Código de Propriedade Industrial, pois assim dispõe, nos seus artigos, devidamente a exclusividade do proprietário ou titular do software na questão da autorização para comercialização ou transferência do programa em cópias. (ALVES ORTIZ, 2012, p.306)

Branco *et al.* (2011, p.60) esclarece que “da mesma forma como são tratados os direitos autorais, a proteção conferida aos programas de computador independe de registro”, os autores complementam que ao desenvolver um programa de computador, é importante refletir sobre algumas vantagens a serem obtidas com a sua proteção jurídica, entre as quais: presumir a autoria daquele que efetuou o registro, obter lucro com a transferência dos direitos a terceiros, estar seguro juridicamente em ações de abstenção de uso e indenização por perdas e danos contra concorrentes desleais e a garantia de uso e exploração exclusivos pelo titular.

Em se tratando de direitos de propriedade industrial, esses encontram-se defendidos sobre a lei nº 9.279/96, e Menchise e Ferreira (2014), os descrevem como uma espécie de propriedade intelectual, porém com seu foco voltado para a utilidade das criações no âmbito empresarial ou comercial, que se dá por meio da patente ou marca do produto.

Os direitos de propriedade industrial visam proteger os produtos ou serviços que estão diretamente relacionados com as invenções ou marcas, além de garantir ao seu titular a possibilidade de explorá-las economicamente ou de impedir que terceiros o façam sem a sua autorização. (ROMÃO E SILVA, 2019. p.6)

Considerando a globalização e a alta competitividade em diferentes âmbitos sociais a proteção as invenções e criações é considerado atualmente como algo essencial para inibir as ações de má conduta da concorrência, as organizações e qualquer outro cidadão tem o direito a proteção de seus bens, sejam eles materiais ou imateriais. No que se refere a este tópico, busca-se no próximo momento, salientar mais precisamente sobre a propriedade industrial, com o intuito de elucidar e restringir as informações apontadas e pontuadas nesta pesquisa.

Propriedade Industrial

A Propriedade Industrial é uma das ramificações da Propriedade Intelectual, em seu âmbito corresponde a proteção dos direitos dos autores, inventores e criadores, entretanto de uma forma mais pontual, ou seja, em obras que tenham a sua temática voltada ao meio industrial.

Como segmento da propriedade intelectual, a propriedade industrial tem como finalidade garantir proteção também à criação do intelecto humano, entretanto, o objeto de proteção não são as criações de cunho artístico, literário ou científico, mas sim aquelas que de alguma forma possam ser submetidas ao processo produtivo, que designam um produto ou um serviço, enfim, de cunho exclusivamente industrial e produtivo. (ALMEIDA *et al.* 2013, p.39)

Segundo Cerqueira (1946, p. 72) a propriedade industrial pode ser “definida como o conjunto dos institutos jurídicos que visam garantir os direitos de autoria sobre as produções intelectuais do domínio da indústria e assegurar a lealdade da concorrência comercial e industrial”.

Ramos (2014, p.145) de uma forma didática descreve que “para iniciar o exercício de uma atividade econômica (empresa) que lhe propicie auferir lucros, necessita organizar todo um complexo de bens que lhe permita desempenhar tal mister”, do mesmo modo o autor ainda completa que: “a esse complexo de bens dá-se o nome de estabelecimento empresarial, e dentre esses bens incluem-se não apenas bens materiais.” (RAMOS, 2014, p.145)

Cabe ressaltar que a regulação atribuída a Propriedade Industrial se encontra no artigo 5º, em seu inciso XXIX, afirmando que:

A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Embora como já demonstrado o artigo 5º esclarece sobre a propriedade industrial, entretanto Ventre e Silveira (2019) abordam que o “inciso em questão não entra em detalhes sobre a propriedade industrial. Sendo assim, foi criada uma legislação específica que regulamenta essa questão de maneira singular, por meio da Lei nº 9.279/1996- LPI”. Da mesma forma os autores também afirmam que essa lei tem “ a finalidade de regulamentar e garantir a exclusividade da exploração da propriedade industrial, possibilitando ao inventor produzir a invenção sozinho ou licenciar o uso ao permitir que outras empresas também a produzam.

Os direitos de propriedade industrial são concedidos, no Brasil, pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, que é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, a qual possui a atribuição de conceder privilégios e garantias aos inventores e criadores em âmbito nacional. (RAMOS, 2014, p.153)

De modo a completar essas informações Coelho (2011, p.107) elenca como “quatro os bens imateriais protegidos pelo direito industrial: a patente de invenção, a de modelo de utilidade, o registro de desenho industrial e o de marca”, Ramos (2014) cita o fato de que além dos quatro elementos citados, um quinto elemento pode ser incluído, as indicações geográficas.

Neste contexto, julga-se válido no próximo momento, abordar acerca do bem imaterial Marca, conceituando-o e ressaltando sobre o mesmo, com o intuito de limitar a pesquisa, ao objetivo proposto.

Marcas

Conceito

Marcas são sinais, desenhos, palavras utilizadas pelos autores, criadores, inventores e quaisquer outro cidadão que tem o intuito de registrar visualmente o seu produto ou serviço de modo que ele seja lembrado e distinguido dos demais.

Em relação a tal aspecto, Almeida *et al.* (2013, p.40) nos traz que “Marca é todo sinal distintivo expresso em palavras ou figuras, destinado a atribuir procedência a determinado produto ou serviço, ou ainda a diferenciar determinado produtor ou prestador de serviços de seus concorrentes”, da mesma forma Santos (2018, p.149) define as marcas como “[...] determinantes como instrumentos voltados para a representação diferencial de produtos e serviços”, Coelho (2011, p.112) de forma breve as conceitua como “[...] designativo que identifica produtos e serviços” e Ramos (2014, p.187) descreve que “A finalidade precípua da marca, portanto, é diferenciar o produto ou serviço dos seus “concorrentes” no mercado”.

Santos (2018), pontua que a utilização da marca como forma de distinguir os produtos é prática empregada há muito tempo, sendo incerto determinar sua origem.

Não se sabe ao certo qual foi o primeiro registro de uma marca na história da humanidade. Os estudiosos da matéria possuem diversos registros históricos, mas nenhum deles foi apurado como o primeiro. Uns dizem que as marcas se originaram do ato dos fazendeiros marcarem os seus rebanhos com o emblema de sua família, outros atribuem a origem a Grécia Antiga, onde se apunha determinado brasão nas obras de cerâmica com o intuito de identificar o seu autor. (ALMEIDA *et al.*, 2013, p.39)

Não se pode datar a utilização da marca como a qual estamos habituados, entretanto Santos (2018, p.149) nos contextualiza que “é a partir do aperfeiçoamento das atividades mercantil e industrial, especialmente com o surgimento da modernidade, que as marcas consolidam sua função distintiva contemporânea. ”

Na compreensão de Tomazette (2017, p.201), atualmente “elas servem também para resguardar os interesses do consumidor em relação à qualidade ou proveniência de determinado produto ou serviço, ou seja, a marca é um referencial para o consumidor poder fazer suas escolhas”, e conseqüentemente “em muitos casos, a marca de determinada empresa é o seu bem mais valioso, sendo esta comumente mais valiosa do que a soma de todos os ativos tangíveis da empresa. ” (ALMEIDA *et al.*, 2013, p.40)

As marcas podem ser classificadas quanto á sua natureza e composição, sendo assim, aborda-se no próximo tópico mais detalhadamente sobre esse fato, apresentando também as subclassificações que foram a elas atribuídas.

Classificação

Visando exemplificar, pode-se descrever que “de acordo com a legislação brasileira, são passíveis de registro como marca todos os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais, conforme disposto no art. 122 da Lei nº 9279/96” e estas são classificadas quanto à sua natureza como sendo: de produto ou serviço, coletiva e de certificação. (INPI, 2021)

Marca de produto ou serviço: “o artigo 123, inciso I, da LPI, caracteriza como marca de produto ou serviço aquela utilizada para distinguir um produto ou serviço de outro que seja idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa” (SANTOS, 2018, p.161).

Não obstante, registra-se que “A marca de produto ou serviço representa a noção geral de marca que todos nós possuímos, ou seja, os sinais que são usados pelos empresários para identificar os produtos ou serviços que comercializam ou produzem”. (RAMOS, 2014, p.195);

Marca de certificação: artigo 123, inciso II, da LPI, “essa marca tem como intuito constatar se o produto ou o serviço estão de acordo com as normas ou as especificações técnicas definidas, em relação à qualidade, à natureza, ao material e à metodologia empregados ” (SANTOS, 2018, p.162).

Em concordância, Ramos (2014, p.195) ressalta que “ marca de certificação, por sua vez, é aquela que atesta a qualidade de determinado produto ou serviço conforme normas técnicas estabelecidas por institutos especializados, os quais podem ser de natureza governamental ou apenas credenciados pelos órgãos oficiais competentes. ”;

Marca coletiva: segundo o artigo 123, inciso III, da LPI, “é utilizada para assinalar produtos ou serviços provindos de uma determinada instituição. ” (SANTOS, 2018, p.163).

Além disso, Ramos (2014, p.195) descreve que “ela indica ao consumidor, por exemplo, que os empresários que a utilizam são membros de determinada associação, e que seus produtos ou serviços estão em conformidade com as regulamentações técnicas dessa entidade. ”;

Tomazette (2017, p.202) explana que “também se podem classificar as marcas pela forma de sua composição em: Nominativa, Figurativa, Mistas e Tridimensionais. ”

Nominativa: “As marcas nominativas são as criadas a partir de palavras e/ou números ou combinação de palavras e números. Podem ser expressões já existentes ou criações originais. ” (RAMOS, 2014, p.195).

Logo, segundo Almeida *et al.* (2013, p. 43) “as marcas nominativas consistem na identificação do próprio nome da marca, sem levar em consideração logotipos ou grafias especiais. ”;

Figurativa: “são aquelas constituídas por desenhos, símbolos ou figuras que apresentam configuração gráfica decorativa, incomum, não usual. ” (RAMOS, 2014, p.195). Assim, conceitua-se as marcas figurativas como:

[...] aquelas identificadas por um símbolo, sinal ou logotipo, porém, sem qualquer grafia ou nomenclatura. São as marcas consideradas fortes, identificadas apenas por um desenho, sem que o consumidor precise ler o seu nome para saber do que se trata. (ALMEIDA *et al.*, 2013, p.43);

Mistas: “são as que se constituem por meio da combinação das duas espécies de marcas acima mencionadas” (RAMOS, 2014, p.195).

Nas palavras de Almeida *et al.* (2013, p.43), as marcas mistas “são aquelas que misturam elementos nominativos e figurativos em um mesmo sinal, ou seja, que ao mesmo

tempo dispõem de sua nomenclatura e um logotipo ou grafia especial que as destacam de outras marcas. ”;

Tridimensionais: “Trata-se daquelas que são constituídas pela forma plástica do produto, ou seja, sua configuração física, com capacidade distintiva e dissociada de efeitos técnicos (por exemplo, um vidro de perfume). ” (RAMOS, 2014, p.195).

No entendimento de Almeida *et al.* (2013), as marcas tridimensionais correspondem as formas de embalagem distintivas, ou seja, mesmo sem um logotipo ou qualquer grafia, o consumidor identifica a qual marca determinado produto pertence.

Registro

Coelho (2011, p.113) esclarece que “para que uma marca possa ser registrada é indispensável o atendimento dos seguintes requisitos: novidade relativa, não colidência com marca notória e não impedimento”, ao citar esses argumentos a autor quer contextualizar que no ato de registro de marca será averiguado se é a primeira vez que um determinado símbolo ou expressão será utilizado, se a marca a ser registrada não confronta com alguma outra já existente, visando não propiciar qualquer possível confusão dos consumidores e por fim também será averiguado se a marca apresenta qualquer signo não permitido como: brasões, monumentos públicos, armas oficiais do estado, dentre outros.

Em tese, o requerente do registro de marca deve ser aquele que a criou e que, consequentemente, a está usando em primeiro lugar. Pode acontecer, todavia, de isso não ocorrer, ou seja, pode ser que uma marca objeto de pedido de registro já esteja sendo usada de boa-fé por outrem, que por algum motivo até o momento não requereu seu registro junto ao INPI. (RAMOS, 2014, p.196)

Almeida *et al.* (2013) fundamenta que somente a efetuação do registro da marca dará ao titular o pleno direito de explorá-la comercialmente ou até mesmo impedir que qualquer outra pessoa o faça. Assim sendo, o uso de uma determinada marca registrada dependerá unicamente da autorização de seu titular, o autor ainda acrescenta que nos casos em que a marca já possui o registro, qualquer autorização oriunda de seu titular só será necessária em caso de uso evidentemente comercial, ou seja, somente se o seu uso manifeste alguma intenção de lucro direto ou indireto, a utilização da marca sem qualquer interesse financeiro não está reprovada, desde que a marca em si não sofra nenhuma alteração que a possa denegrir.

Ademais, só haverá direito de propriedade sobre a marca se esta for requerida formalmente e concedida pelo órgão responsável. O registro, portanto, embora facultativo, é essencial para que se obtenha a exclusividade do sinal, com vistas a consolidar uma distintividade mercantil, garantindo assim segurança jurídica e econômica às relações empresariais. (SANTOS, 2018, p.184)

Salienta-se que “o registro de marca tem a duração de 10 anos, a partir da sua concessão e o mesmo pode caducar, salvo força maior, se a sua exploração econômica não tiver início no Brasil em 5 anos, a partir da sua concessão. ” (COELHO, 2011, p.114).

Mediante aos fatos explanados, destingue-se a importância do registro da marca para uma empresa que busca se consolidar no mercado, a criação e regularização da mesma visando a tornar oficial é o que vai proteger legalmente a identificação dos produtos ou serviços oferecidos pela empresa em questão, auxiliando consequentemente no seu relacionamento com os clientes.

Após a finalização do capítulo acerca da fundamentação teórica utilizada para a elaboração deste estudo, segue os procedimentos metodológicos definidos como pertinentes para a estruturação e elaboração do trabalho apresentado.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Neste capítulo, busca-se abordar os procedimentos metodológicos que foram o auxílio para a elaboração da presente pesquisa de modo a torna-la um estudo com embasamento e fundamentação mediante a visão de autores que tratam sobre o tema, será explanado também aqui sobre os métodos que foram utilizados visando garantir o alcance dos objetivos propostos a esse trabalho.

Pode-se na concepção de Gil, (2008, p. 8) “definir método como caminho para se chegar a determinado fim. E método científico como o conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos adotados para se atingir o conhecimento”.

Em relação a tal aspecto aborda-se Silva e Menezes, (2005) ao descreverem que os procedimentos metodológicos devem proporcionar o detalhamento da pesquisa afim de esclarecer os caminhos percorridos, bem como especificações técnicas utilizadas, tornando possível ao leitor seguir os passos adotados, caso seja necessário.

A esse respeito Chacon *et al*, (2004) afirmam que tais procedimentos são representados basicamente pela escolha do método dedutivo ou indutivo, bem como as tipologias de pesquisa a serem utilizadas, podendo elas serem: experimental, teórica, exploratória, explicativa, bibliográfica, documental, qualitativa, quantitativa, entre outras.

Desta forma, essa pesquisa será definida como aplicada e contará com a utilização do método indutivo, assim como das pesquisas descritiva, bibliográfica, documental e de campo, sendo em sua forma de abordagem qualitativa e quantitativa.

NATUREZA DA PESQUISA

Quanto a natureza da pesquisa, os autores conceituam que as mesmas podem ser descritas como sendo básica ou aplicada.

Na pesquisa básica, interpreta-se Kauark *et al*. (2010) ao descrever que a mesma tem como objetivo gerar novos conhecimentos que sejam úteis para o avanço da ciência, a essa técnica não há a aplicação prática prevista, ela envolve verdades e interesses considerados universais.

Quanto a pesquisa descrita como aplicada, no entendimento de Gil (2008), ela tem como característica fundamental o interesse na aplicação, utilização e consequências práticas dos conhecimentos. Sua preocupação está mais voltada para a aplicação imediata numa realidade circunstancial do que no desenvolvimento de teorias de valor universal.

Prodanov e Freitas (2013), salientam que o objetivo principal dessa pesquisa é gerar conhecimentos para aplicação prática dirigidos à solução de problemas específicos. Envolve verdades e interesses locais.

Assim sendo, fez-se uso nesse trabalho da pesquisa de natureza aplicada, com o intuito de contribuir com o conhecimento de forma voltada ao registro de marca da empresa Liza Santos Estética Facial.

MÉTODO DA PESQUISA

No tocante método de pesquisa pode-se elencar dois como sendo principais na elaboração de inúmeras pesquisas, são eles os métodos dedutivos e indutivos.

Em se tratando de descrever o método dedutivo, chama a atenção ao entendimento de Prodanov e Freitas (2013, p.26), ao considerarem que “o método dedutivo, de acordo com o entendimento clássico, é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular” dessa forma é importante ressaltar Vieira (2010, p.32) quando nos traz que “o método dedutivo é aquele que tem por objetivo encontrar leis gerais em um ramo da ciência. A lógica dedutiva parte de uma proposição abrangente para se chegar a uma proposição específica.”

Referente ao método indutivo afirma-se que ele consiste em adotar uma determinada informação como uma verdade constatada, esse é o método responsável pela dedução de fatos mediante basicamente generalização dos mesmos.

Para exemplificar esse método, contempla-se o conceito de indução de Lakatos e Marconi (2003, p.86), quando os mesmos afirmam que:

Indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

Não obstante ressalta-se Silva e Menezes (2005, p.26), ao descreverem que “no raciocínio indutivo a generalização deriva de observações de casos da realidade concreta.” Da mesma forma defendem Prodanov e Freitas (2013), que o método indutivo é o responsável pela generalização, pois se partir de um fato particular para uma questão geral. Sendo assim, o conhecimento adotado por esse método tem como fundamento exclusivo a experiência, sem levar em consideração princípios preestabelecidos, ressalta Gil (2008).

Neste contexto, é importante ressaltar Rodrigues *et al.* (2011, p.140) ao entender que o método indutivo “é processo próprio da ciência experimental”, Gil (2008, p.10) acrescenta que:

Nesse método, parte-se da observação de fatos ou fenômenos cujas causas se deseja conhecer. A seguir, procura-se compará-los com a finalidade de descobrir as relações existentes entre eles. Por fim, procede-se à generalização, com base, na relação verificada entre os fatos ou fenômenos.

A utilização deste método científico foi de grande importância, no entendimento de Gil (2008, p.11) “serviu para que os estudiosos da sociedade abandonassem a postura especulativa e se inclinassem a adotar a observação como procedimento indispensável para atingir o conhecimento científico.”

Em última análise, conclui-se que esse método de pesquisa parte da necessidade de observação sobre o problema, para que somente após sejam fundadas teorias e hipóteses sobre determinado assunto, sendo assim, a pesquisadora considerou que esse seria o método a ser utilizado na elaboração do presente trabalho.

Forma de abordagem

Pode-se elencar forma de abordagem, mediante a visão de Prodanov e Freitas (2013) como sendo um conjunto de processos ou operações mentais empregados na pesquisa.

“Esses métodos esclarecem os procedimentos lógicos que deverão ser seguidos no processo de investigação científica dos fatos da natureza e da sociedade.” Prodanov e Freitas (2013, p.26)

Assim sendo, Botelho e Cruz (2013) contemplam que a pesquisa pretendida pode ser produzida dentro da abordagem qualitativa e quantitativa.

Na abordagem qualitativa, Prodanov e Freitas (2013) consideram que essa pesquisa tem o ambiente como fonte direta dos dados. O pesquisador mantém contato direto com o ambiente e o objeto de estudo em questão, necessitando de um trabalho mais intensivo de campo.

A análise qualitativa depende de inúmeros fatores, tais como a natureza dos dados coletados, a extensão da amostra utilizada, os instrumentos de pesquisa e os pressupostos teóricos que nortearam a investigação, sustenta Gil (2002).

Visando descrever a forma de abordagem quantitativa, Prodanov e Freitas (2013) argumentam que no desenvolvimento dessa pesquisa, deve-se formular hipóteses e classificar a relação entre as variáveis para garantir a precisão dos resultados, evitando contradições no processo de análise e interpretação.

Kauark *et al.* (2010) acrescentam a esse conceito o fato de que a pesquisa quantitativa considera apenas o que pode ser quantificável, ou seja, será necessário traduzir em números, opiniões e informações para classificá-las e analisá-las. Ela requer o uso de recursos e de técnicas estatísticas (percentagem, média, moda, mediana, desvio-padrão, coeficiente de correlação, análise de regressão).

O presente estudo abordará o tema de forma qualitativa, pois o mesmo tem como foco a análise do ato de registro de marca de uma empresa, para assim conhecer sobre os benefícios deste para a empresa que se disponha a efetua-lo. Essa abordagem busca entender os fatos reais, assim como os seus significados, porém de uma forma não quantificada em valores.

Classificação da pesquisa

Na compreensão de Kauark *et al.* (2010, p.24) contempla-se que “pesquisa é o mesmo que busca ou procura. Pesquisar, portanto, é buscar ou procurar resposta para alguma coisa.”

Em concordância com esse pensamento, é válido ressaltar o ponto de vista de Gil (2008), ao definir que pesquisa é um processo formal e sistemático de desenvolvimento do método científico e que tem como principal objetivo descobrir mediante a aplicação de procedimentos científicos as respostas para os problemas selecionados.

Sob esse ponto de vista, depreende-se com a compreensão de Lakatos e Marconi (2003, p.155) ao contextualizarem que “a pesquisa, portanto, é um procedimento formal, com método de pensamento reflexivo, que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para conhecer a realidade ou para descobrir verdades parciais.”

Sendo assim, ressalta-se o entendimento de Gil (2008, p.26) ao defender que “a pesquisa pura busca o progresso da ciência, procura desenvolver os conhecimentos científicos sem a preocupação direta com suas aplicações e consequências práticas.”

Da mesma forma Kauark *et al.* (2010), argumentam que são várias as formas de classificar pesquisas, dependendo da natureza, da abordagem, do propósito e dos procedimentos utilizados para alcançar os dados, a esse respeito os autores também ressaltam que “a importância de conhecer os tipos de pesquisas existentes está na necessidade de definição dos instrumentos e procedimentos que um pesquisador precisa utilizar no planejamento da sua investigação”. (Kauark et al,2010, p.25), sendo assim é necessário compreender que para se alcançar a resposta para uma determinada questão, será necessário definir como tal pesquisa será realizada e conseqüentemente quais os métodos e tipos da mesma serão realmente necessários, desta forma descreve-se abaixo as formas de pesquisas utilizadas para a formulação do presente trabalho.

Descritiva

Na pesquisa descritiva o pesquisador apenas registra e descreve os fatos observados sem interferir neles, conforme descreve Prodanov e Freitas (2013).

Pode-se salientar o pensamento de Gil (2008, p.28), ao descrever que:

Algumas pesquisas descritivas vão além da simples identificação da existência de relações entre variáveis, pretendendo determinar a natureza dessa relação. Neste caso tem-se uma pesquisa descritiva que se aproxima da explicativa. Por outro lado, há pesquisas que, embora definidas como descritivas a partir de seus objetivos, acabam servindo mais para proporcionar uma nova visão do problema, o que as aproxima das pesquisas exploratórias.

Sob este ponto de vista, é imperativo ressaltar Prodanov e Freitas (2013, p.53) quando afirmam que este estilo de pesquisa “procura descobrir a frequência com que um fato ocorre, sua natureza, suas características, causas, relações com outros fatos. Assim, para coletar tais dados, utiliza-se de técnicas específicas, dentre as quais se destacam a entrevista, o formulário, o questionário, o teste e a observação.”

Assim, cabe explicar que a pesquisadora utilizou a modalidade descritiva pois as informações obtidas na empresa e fora dela, não foram influenciadas ou alteradas, todas foram apenas descritas, assim, mediante esse fato, essa pesquisa se fez presente e necessária ao estudo.

Bibliográfica

No que se refere a pesquisa bibliográfica, convém utilizar a afirmação de Prodanov e Freitas (2013), quando os autores descrevem que independentemente do tipo de pesquisa, o estudo bibliográfico será utilizado, pois todas as pesquisas necessitam de um referencial teórico.

“A pesquisa bibliográfica na visão de Gil (2002) é desenvolvida basicamente em materiais já elaborados, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

Pesquisa bibliográfica é aquela que se desenvolve tentando explicar um problema a partir das teorias publicadas em diversos tipos de fontes: livros, artigos, manuais, enciclopédias, anais, meios eletrônicos, etc. A realização da pesquisa bibliográfica é fundamental para que se conheça e analise as principais contribuições teóricas sobre um determinado tema ou assunto. (HEERDT E LEONEL, 2007, p.67)

Segundo Prodanov e Freitas (2013), na pesquisa bibliográfica, é de extrema importância que o pesquisador sempre verifique a veracidade dos dados obtidos, a fim de identificar possíveis incoerências ou contradições que as obras possam apresentar.

A principal vantagem da pesquisa bibliográfica para Gil (2008), está no fato de possibilitar ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente, sob esse ponto de vista, mostrou-se necessário a utilização da pesquisa bibliográfica no tocante de agregar informações conclusivas e constatadas sobre o assunto abordado neste estudo.

Documental

Visando esclarecer mais sobre a pesquisa documental, fundamenta-se segundo Prodanov e Freitas (2013, p.55) que:

Enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições de vários autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental baseia-se em materiais que não receberam ainda um tratamento analítico ou que podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa.

“A característica da pesquisa documental é que a fonte de coleta de dados está restrita a documentos, escritos ou não, constituindo o que se denomina de fontes primárias” define Lakatos e Marconi (2003, p.174).

Para Prodanov e Freitas (2013), a importância da utilização da pesquisa documental é destacada pela possibilidade e facilidade em organizar informações que se encontram dispersas, conferindo-lhe uma nova importância como fonte de consulta.

No desenvolvimento da pesquisa documental Gil (2008), considera que essa segue os mesmos passos da pesquisa bibliográfica. Apenas deve se considerar que no primeiro passo, que consiste na exploração das fontes documentais, esses são em um número maior.

Corroborando com o pensamento de Gil, a autora utilizou a pesquisa documental por se tratar de uma metodologia que possibilita a utilização mais ampla de documentações acerca do assunto aqui tratado.

Pesquisa de campo

Para conceituar pesquisa de campo utiliza-se Prodanov e Freitas (2013, p.59), com a concepção de que a mesma “consiste na observação de fatos e fenômenos tal como ocorrem espontaneamente, na coleta de dados a eles referentes e no registro de variáveis que presumimos relevantes, para analisá-los. ”

Na visão de Gonsalves (2001):

Denomina-se pesquisa de campo o tipo de pesquisa que pretende buscar a informação diretamente com a população pesquisada. A pesquisa de campo é aquela que exige do pesquisador um encontro mais direto. Nesse caso, o pesquisador precisa ir ao espaço onde o fenômeno ocorre ou ocorreu e reunir um conjunto de informações a serem documentadas. Muitas pesquisas utilizam esse procedimento, sobretudo aquelas que possuem um caráter exploratório ou descritivo.

Segundo Lakatos e Marconi (2003), o principal interesse da pesquisa de campo é volta-

do para o estudo dos indivíduos, grupos, comunidades, instituições e outros campos, visando à compreensão de vários aspectos da sociedade, sendo assim, a pesquisadora optou pela utilização desta modalidade de pesquisa pelo fato de que foi julgado necessário, conhecer e descrever sobre a empresa e sobre os seus clientes, com a intenção de auxiliar na ação de registro de marca.

Estudo de Caso

Prodanov e Freitas (2013, p.62) salientam que o estudo de caso não se caracteriza como uma forma específica de coleta de dados, e sim uma estratégia de pesquisa abrangente.

Kauark *et al.* (2010, p.29) conceituam que “quando envolve o estudo profundo e exaustivo de um ou poucos objetos de maneira que se permita o seu amplo e detalhado conhecimento.”

Sob esse ponto de vista, faz-se importante ressaltar (PRODANOV E FREITAS, 2013, p.60), ao conceituarem que:

O estudo de caso consiste em coletar e analisar informações sobre determinado indivíduo, uma família, um grupo ou uma comunidade, a fim de estudar aspectos variados de sua vida, de acordo com o assunto da pesquisa. É um tipo de pesquisa qualitativa e/ou quantitativa, entendido como uma categoria de investigação que tem como objeto o estudo de uma unidade de forma aprofundada, podendo tratar-se de um sujeito, de um grupo de pessoas, de uma comunidade etc.

Mediante as informações apresentadas, a pesquisadora salienta que a tipologia Estudo de Caso foi utilizada mediante a proposta apresentada pela mesma, que foi apresentar e efetuar o registro de marca da empresa.

Entrevista Semiestruturada

No entendimento de Kauark *et al.* (2010, p.64) “a entrevista é uma das técnicas utilizadas na coleta de dados primários. Para que a entrevista se efetive com sucesso é necessário ter um plano para a entrevista, de forma que as informações necessárias não deixem de ser colhidas.”

Sendo assim, é imperativo afirmar que na busca por informações, a pesquisa semiestruturada se faz relevante mediante ao fato de permitir uma interação mais branca com o entrevistado, desse modo traz-se a visão de NUNES *et al.* (2016, p.148), ao afirmar que:

Sempre em função da hipótese e das exigências de sua verificação, o pesquisador pode também reduzir o caráter estruturado da entrevista e torná-la menos rígida e menos constrangedora. Sobre essa ótica, torna-se importante observar a entrevista semiestruturada, na qual se pode conservar a padronização das perguntas sem impor opções de respostas ao entrevistado. Dessa maneira, o pesquisador não interferirá e manterá a sua condição de neutralidade intacta e, principalmente pelo fato de que, deixando o entrevistado formular uma resposta pessoal, obtém uma ideia melhor do que este realmente pensa e se certifica, na mesma ocasião, de sua competência.

Sob esse ponto de vista, a utilização dessa modalidade de entrevista se fez presente em toda a elaboração dessa pesquisa, por contar com constantes questionamentos da pesquisadora para com a empreendedora, sendo sempre em caráter informal.

Assim, após a descrição das pesquisas utilizadas na elaboração deste estudo, o próximo capítulo é destinado para a descrição e análise dos dados levantados pela presente pesquisa.

DESCRIÇÃO E ANÁLISE DE DADOS

No capítulo a ser aqui apresentado, será disponibilizado a caracterização da empresa que é utilizada como objeto deste estudo, contendo um pouco da sua história, bem como a sua localização e informações sobre a sua forma de atendimento e relacionamento com os clientes e fornecedores.

É relevante ressaltar que todas as informações constadas na etapa de caracterização da empresa, foram levantadas pela pesquisadora de forma informal, mediante entrevistas sejam pessoalmente ou por aplicativo de mensagens e ligações.

Após a apresentação e descrição da empresa, o capítulo contará com a etapa de análise de resultados, onde visa elencar as informações levantadas por meio da pesquisa, assim como demonstrar os resultados apresentados durante a elaboração do estudo.

Caracterização da Empresa

O centro de estética facial Liza Santos surgiu no ano de 2018, no bairro Pagani em Palhoça. A decisão de virar uma empreendedora é algo que Anderliza da Silva Santos já vinha amadurecendo há um tempo, pois sempre gostou de fazer as coisas do seu jeito, criar, montar, ser responsável por seus horários e pela própria evolução.

No início das atividades da empresa, os serviços ofertados eram apenas nas áreas de manicure, extensão de unhas e cílios e micropigmentação de sobrancelhas, sendo que a profissional atendia tanto em seu apartamento, como na casa de alguns clientes.

Com o passar do tempo, a empresária foi reformulando tanto o seu modo de atender, quanto seus serviços oferecidos, o atendimento passou a ser efetuado apenas em seu apartamento, retirando qualquer prática domiciliar assim como todos os serviços referentes a área de manicure, pois não os julgava tão atrativos com relação custo x benefício. No momento por não possuir funcionários, a empreendedora é a única responsável por desempenhar todas as funções da empresa.

Atualmente a empresa tem o seu atendimento voltado unicamente para procedimentos estéticos faciais com a prestação de serviços como: extensão de cílios, designer de sobrancelhas, micropigmentação de sobrancelhas e de lábios, microagulhamento facial, limpeza facial e peelings diferenciados.

A empresa hoje está situada atualmente na Rua Joci José Martins 247 – Pme tower, sala 1203, no bairro Pagani em Palhoça.

Aspectos Estratégicos

A empreendedora tem experiência em atendimento ao cliente e vendas e formação profissional em designer e micropigmentação, atuando no mercado há dois anos. A mesma também está com cursos superiores em estética e biomedicina em andamento, visando agregar mais conhecimento em áreas diferentes e estender sua possibilidade de atuação para procedimento invasivos, os quais hoje ela não pode efetuar.

Desde o início das atividades da empresa, a empreendedora tinha o conhecimento de

que deveria começar com poucos procedimentos e mediante o seu crescimento profissional e qualificação, seria possível a implantação de novos, visto que permanecer com seu foco voltado apenas para os limitados serviços oferecidos não era a real intenção da empreendedora, que buscava por algo maior e que possibilitasse o seu crescimento e reconhecimento.

A empresa até o início do ano de 2020 nunca teve sua missão, visão e valores formalmente formulados, a empreendedora sabia que o seu foco era oferecer um atendimento de qualidade e buscar auxiliar seus clientes a alcançarem os seus objetivos, sempre os orientando para o que é possível ser feito, mas nunca havia realmente parado para elencar os mesmos de forma oficial.

Atualmente a empreendedora listou que a sua missão é contribuir para a saúde, bem-estar e autoestima de pessoas de forma humanizada. Transformar vidas com integridade, amor e conhecimento, respeitando os valores éticos da ciência e do ser humano de forma singular e completa.

Sua visão é que ao proporcionar um atendimento de ampla qualidade e satisfação a todos, buscando evoluir em conhecimento, conforto e tecnologia a empresa consiga entregar sempre o melhor para o seu cliente.

Os seus valores são Respeito, Honestidade e Comprometimento.

A empresa mudou recentemente o seu local de atendimento, visto que antes todos os clientes eram atendidos em um espaço montado no apartamento da empreendedora, essa modalidade era viável no começo das suas atividades, porém mediante ao fluxo de atendimentos e a movimentação restrita por ser um condomínio fechado impedia que uma expansão de serviços fosse oferecida sem que os clientes sentissem um certo desconforto por inúmeros fatores, sendo um deles a falta de um estacionamento próprio da empresa.

Com a efetuação da expansão da empresa, será possível focar no marketing de uma forma mais agressiva, o que era inviável anteriormente mediante ao seu espaço limitador. A empresa que antes não suportaria um aumento substancial no seu número de clientes, pois não disponibilizava de uma recepção e nem de uma sala de espera, hoje oferece todos esses fatores com conforto, tornando possível um melhor atendimento.

No bairro onde a empresa está situada encontra-se uma média de dez concorrentes formais e informais, sendo que alguns deles tem seu espaço de atendimento em lugares mais estratégicos, o setor é muito competitivo com a grande quantidade de clínicas de estéticas na cidade, porém a empreendedora busca competir nos preços e foca muito em um pós-atendimento estando sempre disponível para sanar dúvidas e orientar seus clientes, o que traz a relação um laço de confiança.

Aspectos com Fornecedores

Os fornecedores da empresa Liza Santos Estética Facial são escolhidos por critérios como localização, variedade e qualidade de produtos disponíveis, prazo de entrega, preços e condições de pagamentos, atualmente a empresa conta com sete fornecedores fixos, porém com a inclusão de novos procedimentos ou retirada de algum que não traga o retorno almejado, esse número pode sofrer alterações.

A maioria dos fornecedores tem lojas físicas e digitais, sendo que a empreendedora muitas vezes opta pela comodidade de efetuar suas compras via internet, o relacionamento da empresa com seus fornecedores é bom, visto que a empreendedora sempre busca cumprir com as suas obrigações, assim como procura manter negociações com empresas que julga confiáveis e que ofereçam produtos de qualidade para que não haja interferência nos resultados dos procedimentos por ela oferecidos.

Por ser uma empresa no ramo de estética, a busca por bons fornecedores não é algo que diz respeito apenas aos valores, muitas vezes se paga um pouco mais mediante a qualidade oferecida pelo produto, visando que no fim do atendimento todos se sintam satisfeitos com o resultado, seja empresa, fornecedor ou cliente.

Aspectos Operacionais

A Liza Santos estética facial trabalha com procedimentos estéticos visando atender o público em geral, porém o público feminino é o que realmente move financeiramente a empresa.

A empresa dispõe de diversos serviços, prezando sempre pela qualidade, satisfação e conforto de seus clientes, tentando ao máximo suprir as expectativas depositadas sobre o trabalho contratado.

Como mencionado anteriormente a empresa disponibiliza de serviços como: micropigmentação de sobrancelhas e labial, alongamento de cílios, volume russo, brasileiro e fio a fio, microagulhamento, limpeza de pele, peelings e mini tatuagens.

Atualmente o empreendimento não conta com um sistema que possa auxiliar a empreendedora a analisar o seu desempenho de qualidade e produtividade, a mesma conta apenas com o aumento da sua clientela devido a indicação de outros clientes para conseguir se situar de que está realmente efetuando os seus atendimentos de forma relevante, já referente a qual procedimento traz maior retorno, a empreendedora considera que a taxa de lucratividade atribuída a cada um de seus serviços é relativamente alta, sendo que nunca foram efetuado cálculos para saber o real valor do lucro sobre qualquer tipo de procedimento, mas acredita que hoje a sua margem de lucro nos serviços seja de 100% e que a procura por cada serviço específico é bem distribuída.

Para funcionar minimamente a empresa necessita de alguns equipamentos indispensáveis para a efetuação de um bom atendimento, como a empresa já atua há alguns anos, a empreendedora já tem um investimento em relação à quantidade de maquinários, equipamentos e utilitários, e conforme a perspectiva de crescimento da empresa, esses itens tendem a aumentar, considerando que o mix de serviços prestados atualmente não é suficiente para satisfazer as necessidades de seus clientes.

A empreendedora, por ser a única atuando na empresa consegue manter o seu padrão de atendimento focado na qualidade, ela consegue evitar o retrabalho e o desperdício de materiais pois foca em um atendimento diferenciado para cada cliente, assim é possível prever antes de iniciar o procedimento qual e quanto desse material será realmente utilizado, referente ao tempo direcionado para cada atendimento, é possível descrever que quando um procedimento envolve técnicas mais dolorosas a empreendedora tem que se adaptar a tolerância de cada cliente, o que pode fazer com que algumas vezes demore mais do que o normal para que se

finalize o atendimento.

Por oferecer serviços estéticos, a empresa deve seguir todos os seus atendimentos mediante as normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, sempre buscando dar a melhor condição de atendimento ao seu cliente e tomando as devidas precauções para que não ocorra nenhuma situação de contaminação ou intoxicação mediante os materiais utilizados.

A empreendedora tem a prática de orientar devidamente seus clientes, informando sobre todas as possíveis fases do pós-procedimento, com o intuito de que ao optar por determinado serviço, o cliente tenha a real noção do que é possível assim como do que não é possível ser feito.

Para conseguir responder e esclarecer algumas questões sobre os procedimentos, a empreendedora mantém as redes sociais da empresa atualizadas e consegue sempre que possível atender seus clientes e retirar as dúvidas remanescentes por mensagens buscando se mostrando disponível.

A formação de preço dos serviços disponibilizados pela empresa é composta exclusivamente pelos preços praticados pela concorrência visando à competitividade do mercado.

Atualmente a empresa atua sem uma marca registrada, e mesmo sendo um empreendimento legalizado, tanto sua estrutura como a sua forma de administração se encontram entrelaçados com a vida pessoal da empreendedora.

Distribuição

Com a estética facial contando atualmente apenas com a empreendedora para efetuar todos os atendimentos, cadastros, procedimentos e limpeza do espaço disposto pela empresa, impossibilita uma maior agilidade no atendimento, sendo que no momento em que a profissional está com algum cliente a mesma fica impossibilitada de efetuar qualquer outra função.

Devido a esse fator a empreendedora tem a consciência de que seu atendimento tem uma limitação e que divulgar mais do que pode abranger seria perigoso para a empresa, assim a mesma procura realizar uma divulgação moderada pois não conseguiria atender toda a demanda que uma campanha de marketing mais abrangente acarretaria.

A empresa tem as redes sociais como sua principal fonte de divulgação e atualmente comporta a sua capacidade de atendimento. Publicações são realizadas nas redes sociais (Facebook, Instagram e stories do WhatsApp), informando os serviços disponíveis, assim como promoções para atrair e interagir com os clientes.

Outra propaganda eficaz é a divulgação por meio da “boca a boca”, uma forma de marketing indireto que atua no dia-a-dia da empresa como o principal captador de clientes.

O empreendimento está localizado em um bairro movimentado e de fácil acesso, entretanto até o presente momento a empresa ainda não apresenta nenhum tipo de sinalização, isso, além de dificultar a localização exata, também dificulta a possibilidade de possíveis futuros clientes.

O canal de distribuição da empresa é direto, ou seja, os clientes devem se deslocar até o endereço da empresa para poder adquirir o tratamento estético desejado, visto que eles só

podem ser oferecidos em local apropriado.

A empresa hoje busca formular uma identidade visual fixa, seja na sala de atendimento, referente a cartões, folders e qualquer outro tipo de mídia impressa, a empresa ainda não os utiliza como poderia, entretanto, a empreendedora obtém a sua logo desde o início das suas atividades.

Administração

O controle financeiro é de responsabilidade da empreendedora, a mesma cuida das finanças da empresa como contas a pagar e a receber, controle de estoque, cuida da publicidade e divulgação da empresa, tudo realizado por ela de forma manual, a mesma utiliza uma planilha na qual alimenta com os dados diários dos seus atendimentos, um ponto a ser descrito é o fato de que o empresarial muitas vezes se mistura com o pessoal da empreendedora.

Como mencionado anteriormente toda a contabilidade da empresa é feita internamente pela empreendedora, pois a legislação desobriga os microempreendedores individuais de contratar uma assessoria contábil.

Como gastos fixos a empresa tem o pagamento de luz, água, aluguel, IPTU, telefone, internet e o seu pró-labore.

Referente a planejamentos, análises e metas para gastos da empresa, a empreendedora não realiza nenhum desses métodos, ela efetua as compras de produtos e materiais de acordo com a necessidade de uso dos mesmos, porém a mesma prioriza que todas as suas obrigações sejam sanadas corretamente, há a preocupação de elencar as entradas de dinheiro para que no momento da compra de algo a empreendedora tenha o dinheiro para pagar.

Atualmente a empresa tem a sua maior diferenciação das concorrentes pelo fator atendimento, a empreendedora tem a constante busca por manter um bom relacionamento com os seus clientes assim como efetua um ótimo atendimento para quem a procura buscando sanar alguma dúvida referente ao seu trabalho.

Análise dos Resultados

Nesta etapa do trabalho, serão apresentados os passos necessários e consequentemente desenvolvidos pela pesquisadora para a realização do intuito principal desta pesquisa, que é a ação do registro de marca da clínica de estética facial estudada.

De modo a tornar essa pesquisa mais elucidativa possível aos leitores e aos interessados pelo processo a ser aqui descrito, todas as informações consideradas pertinentes pela pesquisadora, serão demonstradas nesse capítulo, seja por escrita ou por imagens, exemplificando o passo a passo que foi desenvolvido para o registro de marca da empresa no site do INPI, buscando assim, auxiliar e contribuir para o entendimento do processo inteiro.

Registro de Marca – INPI

No tocante registro de marca, o primeiro passo a ser desenvolvido pelo responsável pelo processo, para assim proceder com a ação corretamente, é a realização de uma pesquisa relativamente simples e rápida, esta é realizada no próprio site do INPI e vai analisar a possibilidade

da efetuação do registro da marca tal qual deseja o proprietário da mesma.

Para o referido objetivo desta pesquisa, deu-se início a ação de pesquisa, para averiguar se a empreendedora conseguiria seguir com o nome cogitado ou haveria de fazer alguma alteração não planejada.

Inicialmente, ao acessar a consulta da base de dados do site, o empenhado pela ação deve selecionar o tipo do objeto a ser pesquisado, no tocante desta, será a Marca que será vinculada a empresa interessada.

Figura 1 – Consulta na base de dados do INPI.



Fonte: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>

Após a seleção do item que cabe ao pesquisador, as informações básicas devem ser incluídas nos campos solicitados e conseqüentemente seleciona-se o “pesquisar”.

Figura 2 - Consulta de marca na base de dados do INPI.



Fonte: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>

Figura 3 – Resultado da consulta de marca na base de dados do INPI.

The screenshot shows the INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) website interface. At the top, there is a navigation bar with the Brazilian flag and the text 'BRASIL', 'Acesso à informação', 'Participe', 'Serviços', 'Legislação', and 'Canais'. Below this is the INPI logo and the text 'Instituto Nacional da Propriedade Industrial' and 'Ministério da Economia'. The main heading is 'Consulta à Base de Dados do INPI' with a link '[Início | Ajuda?]'. The search results section shows: '» Consultar por: Pesquisa Básica | Marca | Titular | Cód. Figura |', 'RESULTADO DA PESQUISA (24/06/2021 às 16:17:35)', 'Marca: LIZA SANTOS ESTÉTICA FACIAL', and a message: '- Nenhum resultado foi encontrado para a sua pesquisa. Para efetuar outra pesquisa, pressione o botão de VOLTAR.' Below this is an 'AVISO' (Warning) regarding the search process. At the bottom, it says 'Dados atualizados até 22/06/2021 - Nº da Revista:' and provides the address 'Rua Mayrink Veiga, 9 - Centro - RJ - CEP: 20090-910' along with the 'Fale Conosco' logo.

Fonte: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>

Assim sendo, após a realização da pesquisa anteriormente descrita, deu-se a confirmação de que não existia empresas utilizando formalmente o nome pretendido, deste modo, ao constar que não haveria impedimentos futuros em relação a nomenclatura a ser utilizada nesse processo, foi efetivamente realizado o cadastro da empreendedora junto ao site do INPI, visando dar início ao processo de registro da marca da sua empresa.

A ação de registro de marca detalhada nesta pesquisa foi efetuada inteiramente pela pesquisadora, entretanto, a mesma utilizou do nome e conseqüentemente de informações pessoais previamente autorizadas pela empreendedora por meio de procuração, que consta aos anexos do documento.

Ao efetuar o cadastro, no qual foram apresentadas todas as informações tanto da empreendedora quanto de sua empresa, foi selecionado a opção de marca pré-estabelecida, justificando o fato de não haver quaisquer implicações com o nome utilizado e a guia GRU foi gerada para a efetuação do pagamento do mesmo.

Por se tratar de uma empresa registrada como MEI, o valor requerido pelo INPI é de 142,00 com 60% de desconto. Após o pagamento do valor, deu-se início ao processo propriamente dito.

Inicialmente, após efetuar o login no campo e-marcas do site, todos os dados que já haviam sido informados anteriormente pelo empreendedor ou pelo responsável por protocolar o registro, são inseridos automaticamente ao pedido e estão disponíveis para qualquer necessária alteração de possíveis

Figura 4 – Dados Gerais e do requerente.

A captura de tela mostra o formulário de dados gerais e do requerente no sistema INPI. No topo, há os logos do INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) e do e-MARCAS (Formulário Eletrônico), com um link para "Sair do Sistema".

O formulário contém os seguintes campos:

- Objeto do Pedido: (389) Pedido de Registro de Marca de Produto e/ou Serviço (Mista)
- Nosso Número: [campo oculto]
- Dados Gerais**
 - Nome ou Razão Social: ANDERLIZA [campo oculto]
 - Endereço: RUA JOCI JOSE MARTINS [campo oculto]
 - CEP: [campo oculto]
 - Situação Jurídica: Microempreendedor Individual - MEI
 - CNPJ: [campo oculto]
 - Cidade: Palhoca
 - País: Brasil
- Dados do(s) requerente(s)**
 - Nome ou Razão Social: ANDERLIZA [campo oculto]
 - Endereço: RUA JOCI JOSE MARTINS [campo oculto]
 - CEP: [campo oculto]
 - Situação Jurídica: Microempreendedor Individual - MEI
 - CNPJ: [campo oculto]
 - Cidade: Palhoca
 - País: Brasil

Na base do formulário, há um botão "Adicionar requerente" com um ícone de ajuda.

Fonte: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>

De modo a ressaltar a importância desta etapa, frisa-se o fato de que até este momento qualquer alteração necessária, ainda poderá ser realizada sem quaisquer custos adicionais ao requerente, entretanto ao concluir o pedido, se o mesmo eventualmente, desejar modificar algo, caberá a tal ação, uma quantia a ser paga.

Após uma averiguação criteriosa no documento, visando a confirmação de que todos os dados se encontram de forma correta no mesmo, pode-se então seguir para a próxima etapa do processo, que é a inclusão da logo e nome a ser utilizados.

Figura 5 – Dados da Marca.

A captura de tela mostra o formulário de dados da marca no sistema INPI. O formulário contém os seguintes campos:

- Apresentação da Marca: Mista
- Natureza da Marca: Produto e/ou serviço
- Elemento Nominativo da Marca: LIZA SANTOS ESTÉTICA FACIAL
- Marca possui elementos em idioma estrangeiro.
- Imagem Digital da Marca: [imagem da logo da Liza Santos Estética Facial]

Na base do formulário, há um botão "Adicionar" com um ícone de ajuda, um botão "Alterar" com um ícone de ajuda e um botão "Remover".

Abaixo da imagem da logo, há um texto explicativo: "A eventual deformação desta imagem, com relação à constante do arquivo originalmente anexado, terá sido resultado da necessária adequação aos padrões requisitados para a publicação da marca na RPI. Assim, a imagem ao lado corresponde ao sinal que efetivamente será objeto de exame e publicação, ressalvada a hipótese de substituição da referida imagem decorrente de exigência formal. Portanto, se a mesma não corresponder à imagem desejada para registro no INPI, substitua-a, antes de finalizar o Pedido/Petição, observando as especificações constantes do Manual do Usuário."

Fonte: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>

Nesta etapa, os dados da marca serão incluídos no documento, é o momento da seleção da apresentação da marca, que na referida pesquisa, é considerada mista, por se tratar de uma marca figurativa e nominativa, ou seja, dispõem de um nome com uma grafia escolhida pela empreendedora, assim como de uma logo, também desenvolvida para a mesma.

Figura 6 – Especificação de Produtos ou Serviços.

Especificação de Produtos ou Serviços, segundo a classificação de NICE e Listas Auxiliares

Número de Classes requeridas: 1

Escolha a(s) classe(s) e respectivo(s) produto(s) e/ou serviço(s) reivindicados no presente pedido: ?

Exibir lista de classes

Classe escolhida - NCL(11) 44 Remover

- ✓ Assessoria, consultoria e informação em estética pessoal [tratamento de pele e cabelo] 🗑
- ✓ Assessoria, consultoria e informação sobre beleza 🗑
- ✓ Aviamento de receita em farmácia de manipulação 🗑
- ✓ Estética [tratamento da pele e cabelo] 🗑
- ✓ Estética facial e corporal 🗑
- ✓ Serviço de tatuagem 🗑

Fonte: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>

Na especificação de produtos e ou serviços, encontra-se o ponto no qual pode-se considerar mais demorado e criterioso de todo o processo, cabe ressaltar que cada atividade que a empresa pode desenvolver, é exemplificada por um determinado número, esse número, são chamados de classe.

Dentro de cada classe, contém inúmeras definições de atividades que podem estar relacionadas com o que a empresa se propõem a disponibilizar aos seus clientes, desta forma, como ilustrado na figura 6, foram selecionadas neste momento, as práticas nas quais a empresa atua.

O próximo passo a ser efetuado, é a declaração de atividades, onde o autor do processo destaca que todas as atividades selecionadas anteriormente, são verdadeiramente compatíveis com as desenvolvidas pelo seu empreendimento e/ ou empresa.

Figura 7 – Declaração de Atividades e Classificação dos Elementos Figurativos da Marca.

Declaração de Atividades

Em cumprimento ao disposto no art. 128 da Lei 9279/96, o(s) requerente(s) do presente pedido declara(m), sob as penas da Lei, que exerce(m) efetiva e licitamente atividade compatível com os produtos ou serviços reivindicados, de modo direto ou através de empresas controladas direta ou indiretamente.

Reivindicação de Prioridade Unionista

O presente pedido reivindica prioridade prevista na Convenção da União de Paris. ?

Classificação dos Elementos Figurativos da Marca - CFE, segundo a Classificação de Viena

Selecione: ?

Exibir lista de classes OU Pesquisa por Palavra-chave

CFE(4)

- ✓ 27 . 5 . 1 - Letras apresentando um grafismo especial 🗑
- ✓ 26 . 13 . 25 - Outras figuras geométricas, desenhos indefiníveis 🗑
- ✓ 29 . 1 . 3 - Verde 🗑
- ✓ 29 . 1 . 13 - Três cores predominantes 🗑

Fonte: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>

Como destacado na figura 7, existe um campo direcionado a reivindicação de prioridade

unionista, essa opção é referente a parte internacional de um processo, ou seja, caso a empresa está com algum tramite em tribunais internacionais referentes ao mesmo assunto aqui citado, cabe relacionar neste momento, para vincular as ações.

Quanto ao campo de classificação dos elementos figurativos da marca, será esta etapa direcionada a ação de selecionar os elementos encontrados na marca figurativa da empresa que foi vinculada ao pedido, aqui serão selecionadas no máximo cinco elementos.

Figura 8 – Anexos e Declaração.

Anexos

Opcionais: ---Escolha um tipo de Anexo --- + Adicionar ?

Outros: Descreva o anexo... + Adicionar ?

✓ Comprovante de pagamento COMPROVANTE.pdf

Declaração

Declaro, sob as penas da lei, que todas as informações prestadas neste formulário são verdadeiras.

Fonte: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>

No documento consta um espaço voltado para anexos considerados importantes para a evolução do pedido, no caso aqui apresentado, optou-se pela anexação do comprovante de pagamento efetuado pela empreendedora, é valido ressaltar que quaisquer documentos julgados como necessários, devem ser exclusivamente anexados em formato PDF.

Após selecionar o campo de declaração, o formulário estará completo e assim, o mesmo poderá ser finalizado. De modo, a minimizar a possibilidade de erros, todas as informações são disponibilizadas novamente para uma última análise antes da formalização do pedido, como mostra detalhadamente as figuras 9 e 10.

Figura 9 – Pedido de Registro de Marca de Produto e/ou serviço.

INPI INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Pedido de Registro de Marca de Produto e/ou Serviço (Mista)

Dados Gerais

Nome: ANDERLIZA [REDACTED]
 CPF/CNPJ/Número INPI: [REDACTED]
 Endereço: RUA JOCI JOSE MARTINS
 Cidade: Palhoca
 Estado: SC
 CEP: [REDACTED]
 País: Brasil
 Natureza Jurídica: Microempreendedor Individual - MEI

Dados do(s) requerente(s)

Nome: ANDERLIZA [REDACTED]
 CPF/CNPJ/Número INPI: [REDACTED]
 Endereço: RUA JOCI JOSE MARTINS
 Cidade: Palhoca
 Estado: SC
 CEP: [REDACTED]
 País: Brasil
 Natureza Jurídica: Microempreendedor Individual - MEI

Dados da Marca

Apresentação: Mista
 Natureza: Produto e/ou serviço
 Elemento Nominativo: LIZA SANTOS ESTÉTICA FACIAL
 Marca possui elementos em idioma estrangeiro? Não

Fonte: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>

Figura 10 – Pedido de Registro de Marca de Produto e/ou serviço.

Imagem Digital da Marca



A eventual deformação desta imagem, com relação à constante do arquivo originalmente anexado, terá sido resultado da necessária adequação aos padrões requisitados para a publicação da marca na RPI. Assim, a imagem ao lado corresponde ao sinal que efetivamente será objeto de exame e publicação, ressalvada a hipótese de substituição da referida imagem decorrente de exigência formal.

Especificação de Produtos ou Serviços, segundo a Classificação de NICE e listas auxiliares

Classe escolhida: NCL(11) 44

Descrição da Especificação:

- Assessoria, consultoria e informação em estética pessoal [tratamento de pele e cabelo]
- Assessoria, consultoria e informação sobre beleza
- Aviação de receita em farmácia de manipulação
- Estética [tratamento da pele e cabelo]
- Estética facial e corporal
- Serviço de tatuagem

Declaração de Atividade

Em cumprimento ao disposto no art. 126 da Lei 9279/96, o(s) requerente(s) do presente pedido declara(m), sob as penas da Lei, que exerce(m) efetiva e licitamente atividade compatível com os produtos ou serviços reivindicados, de modo direto ou através de empresas controladas direta ou indiretamente.

Classificação dos Elementos Figurativos da Marca - CFE(4), segundo a Classificação de Viena

Categoria	Divisão	Seção	Descrição
27	5	1	Letras apresentando um grafismo especial
26	13	25	Outras figuras geométricas, desenhos indefiníveis
29	1	3	Verde
29	1	13	Três cores predominantes

Anexos

Descrição	Nome do Arquivo
Comprovante de pagamento	COMPROVANTE.pdf

Fonte: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>

Com a última constatação de que tudo está de acordo com o que a empresa ou empreendedor almeja, é confirmado assim, e protocolado o pedido para o registro oficial da marca.

A finalização deste pedido de registro, pode levar um tempo variado, não tem um padrão definido para a ação, entretanto o que se deve realizar, é a pesquisa frequente na revista de registros do INPI, para a verificação da conclusão do mesmo.

Desta forma, o último ponto importante a ser ressaltado, é a efetuação do download do formulário eletrônico junto com o número do pedido e do protocolo para futuras verificações.

Figura 11 – Protocolo do Pedido de Registro de Marca de Produto e/ou serviço.

O sistema apresenta o logo do INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) e o e-MARCAS (Formulário Eletrônico). O formulário contém os seguintes dados:

- Número do Pedido: [REDAZIDO]
- Número do seu Protocolo: [REDAZIDO]
- Data do Protocolo: Aug 30, 2021
- Horário do Protocolo: 2:52:28 PM

Um botão verde com uma seta para baixo indica: "Clique Aqui Para receber seu Formulário Eletrônico Protocolado".

Abaixo do formulário, há um texto informativo:

Obrigado por acessar o e-MARCAS.
A partir de agora, o número acima identificará o seu pedido junto ao INPI. Contudo, a aceitação do pedido está condicionada à confirmação do pagamento da respectiva GRU (Guia de Recolhimento da União), que deverá ter sido efetuado previamente ao envio deste formulário eletrônico, bem como ao cumprimento satisfatório de eventual exigência formal, (prevista no art. 157 da Lei da Propriedade Industrial - LPI, lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996), em até **cinco dias** contados do primeiro dia útil após a publicação da referida exigência na RPI (disponível em formato .pdf no portal www.inpi.gov.br), sob pena do presente pedido vir a ser considerado inexistente.
Após enviar o formulário eletrônico de pedido de registro de marca, o mesmo será submetido a exame formal e, não havendo nenhuma exigência formal, será publicado na Revista Eletrônica da Propriedade Industrial (RPI) para que terceiros possam contra ele se opor, respeitado o prazo de 60 dias a contar da referida publicação.
Não deixe de acompanhar o andamento do seu processo, acessando semanalmente a RPI.

Um botão de navegação "<< Voltar ao Início" está localizado na base da página.

Fonte: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>

Após o deferimento do pedido do registro de marca por meio do INPI, cabe ao empreendedor ou a quem possa interessar, estar ciente que o registro deve ser acompanhado e que o mesmo necessita de manutenção.

Alguns fatores que podem levar a perda do registro de marca são: a renúncia da marca, a caducidade, a expiração do prazo de vigência do registro ou o descumprimento do artigo 217 da Lei de Propriedade Industrial (LPI).

A renúncia da marca é quando o titular apresenta uma petição junto ao INPI, renunciando todos os direitos dele sob a marca em questão, a caducidade pode ser exemplificada como a não utilização da marca desde o momento do seu registro até o período de cinco anos, já a expiração do prazo de vigência é referente ao término dos dez anos de concessão dos direitos da marca registrada, o mesmo pode ser prorrogado indefinidamente pelo mesmo período e quanto ao descumprimento do artigo 217, ocorre quando o titular da marca reside no exterior e não possui um procurador qualificado residente no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A última parte deste trabalho de conclusão de estágio a ser apresentada, tem a finalidade de analisar e pontuar se os objetivos propostos pela pesquisadora foram efetivamente alcança-

dos, nesta etapa busca-se considerar sobre as informações apresentadas durante a elaboração desta pesquisa, de forma a elucidar e esclarecer os resultados oriundos deste estudo, tanto para a empresa utilizada como foco do projeto durante este período, como também para a acadêmica e conseqüentemente para a instituição de ensino.

O principal ponto que buscou-se abordar nessa pesquisa foi responder a seguinte problemática: De que modo se realiza o registro de marca na empresa Liza Santos Estética Facial?

Delimitou-se então como objetivo a apresentação dos procedimentos necessários para se realizar o registro de marca da empresa junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), assim como efetuar o referido registro, podendo aqui acrescentar que ambos foram atendidos.

Foram apresentadas a fundamentação teórica bem como os tipos de pesquisas utilizadas na elaboração deste estudo, foram também expostos, argumentos e pontos de vista de autores com conhecimentos acerca dos assuntos abordados, dessa forma, proporcionando maior credibilidade as informações apresentadas. De modo a facilitar a compreensão do leitor sobre a empresa foco, foram descritas as principais características desta, desde sua origem, processos internos e até mesmo sua política de atuação no mercado mediante fornecedores, concorrentes e clientes.

Este estudo contribuiu consideravelmente para a acadêmica de modo a aprofundar seu conhecimento, assim como, proporcionou a realização pessoal da mesma ao conseguir retribuir minimamente a sociedade com um pouco do que foi a ela proporcionado pela instituição.

Para a Liza Santos Estética Facial, foi possível inicialmente constatar a legitimidade do nome utilizado pela empreendedora por meio de pesquisa no site do INPI, conseqüentemente pode-se realizar o registro do mesmo, assim como da logo proporcionando mais segurança no dia a dia das atividades da empresa.

Por fim, encerra-se este trabalho de conclusão de estágio, com grande gratidão aos que estiveram envolvidos no decorrer de todo o processo de elaboração do mesmo, seja de forma direta ou indireta, auxiliando na conclusão deste desafio.

Este tema foi escolhido pela acadêmica, visando auxiliar outros empreendedores e pequenas empresas, mostrando o processo de uma forma que torne fácil e rápido o entendimento sobre o tema e que posteriormente possa servir como fonte de pesquisa e proporcione ajuda para aos que possam possuir qualquer interesse no assunto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diego Perez; DEL MONTE, Isabela Guimarães; PINHEIRO, Patrícia Peck; Manual de Propriedade Intelectual. - São Paulo: UNESP- Universidade Estadual Paulista, 2013.

ALVES ORTIZ, Lúcio Rangel; A Propriedade intelectual na lei do software. - São Paulo: Rev. eletrônica da faculdade de Franca. 2012.

AQUINO, Leonardo Gomes de; Propriedade Industrial. - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

- BARBOSA, Denis Borges; Uma introdução à propriedade intelectual – 2 Edição Rev. atualizada: Editora Lumen Juris, 2010.
- BARBOSA, Claudio Roberto; Propriedade Intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BRANCO, Gilberto; *et al*; Propriedade intelectual. - Curitiba: Aymar, 2011.
- BOTELHO, Joacy Machado; CRUZ, Vilma Aparecida Gimenes da; Metodologia científica. -São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013
- CERQUEIRA, João da Gama; Tratado da Propriedade Industrial - Parte 1. - Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946.
- COELHO, Fábio Ulhoa; Manual de direito comercial: direito de empresa. 23. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.
- CHIAVENATO, Idalberto; Administração geral e pública. 2.ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. (Provas e concursos) 4° reimpressão.
- DUARTE, Angélica Pereira de Assis; BARBOSA, Alex Francisco de Oliveira. Teorias da Administração. São Paulo: Educação a distância, 2013.
- GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2002.
- GIL, Antônio Carlos; Métodos e técnicas de pesquisa social. 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2008.
- GONSALVES, E. P. Iniciação à pesquisa científica. - Campinas, SP: Alínea, 2001.
- GULLO, José. Administração, para quem estuda, ensina e pratica. 1. ed. - São Paulo: Editora Bom Dia, 2016.
- HEERDT, Mauri Luiz; LEONEL, Vilson; Metodologia científica e da pesquisa: livro didático - 5. ed.rev. Atual. – Palhoça: UnisulVirtual, 2007.
- INPI- Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Acesso em 03 de maio de 2021. Disponível em: <http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/02_O_que_%C3%A9_marca>
- KAUARK, Fabiana; MANHÃES, Fernanda Castro e MEDEIROS, Carlos Henrique; Metodologia da pesquisa: guia prático. - Itabuna: Via Litterarum, 2010.
- KIPPER, Liane Máhlmann; GRUNEVALD, Isabel e NEU, Daiane Ferreira Prestes; Manual de propriedade intelectual [recurso eletrônico] /. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- LACOMBE, Francisco José Masset; HEILBORN, Gilberto Luiz José. Administração: princípios e tendências. 2. ed. rev. e atualizada. - São Paulo: Saraiva, 2008
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade; Fundamentos de metodologia científica. 5. ed. - São Paulo: Atlas 2003.
- LEMOS, Ronaldo; Propriedade intelectual. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

NUNES, Ginete Cavalcante; NASCIMENTO, Maria Cristina Delmondes do; LUZ, Maria Aparecida Carvalho Alencar; Pesquisa científica: conceitos básicos. - Pernambuco: edição eletrônica, 2016.

MAXIMIANO, Antônio Cesar Amaru. Introdução à administração. 5. Ed. Ver. e ampl. -São Paulo: Atlas, 2000.

MENCHISE, Rose; FERREIRA, Diogo Menchise. Aspectos da propriedade intelectual: normas gerais, leis brasileiras, jurisprudências e acesso à cultura e informação. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31473>. Acesso em: 3 de maio 2021.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de; Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. - Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz; Direito empresarial esquematizado. – 4. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

RODRIGUES, Auro de Jesus; *et al*; Metodologia científica. 4. ed., rev., ampl. - Aracaju: Unit, 2011.

ROMÃO E SILVA, Carolina Brasil; A Industria dos jogos eletrônicos: novas tecnologias, propriedade intelectual e cenário mundial e brasileiro. - Goiânia: Rev. de Direito, 2019.

ROSSÉS, Gustavo Fontinelli. Introdução à administração. - Santa Maria, RS: Universidade Federal de Santa Maria, Colégio Técnico Industrial de Santa Maria 2014.

RUSSO, Suzana Leitão; SILVA, Marina Bezerra da; SANTOS, Viviane Marques Leite/ organizadores; Propriedade intelectual e gestão de tecnologias. - Aracaju: Associação Acadêmica de Propriedade Intelectual, 2018.

SANTOS, Wagna Piler Carvalho dos; Propriedade intelectual [Recurso eletrônico on-line]. - Salvador (BA): IFBA, 2018.

SILVA, Reinaldo Oliveira da. Teorias da Administração. - São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2008.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat; Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação. 4. ed. rev. atual. - Florianópolis: UFSC, 2005.

TOMAZETTE, Marlon; Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário. vol. 1. 8. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017.

VENTRE, Giovanna Bruno; SILVEIRA, Matheus; Inciso XXIX – Propriedade industrial. 2019. Disponível em: encurtador.com.br/dqIPT

VIEIRA, José Guilherme Silva; Metodologia de pesquisa científica na prática. - Curitiba: Editora Fael, 2010.

Procedimentos metodológicos para a elaboração de projetos de pesquisa relacionados a dissertações de mestrado em Ciências Contábeis. 2004. Disponível em: encurtador.com.br/ikwFLc

Teletrabalho: nova modalidade de trabalho com a reforma trabalhista

*Waldineth Paula Gomes da Silva
Juliano Sguizardi*



RESUMO

O teletrabalho é uma nova modalidade de trabalho decorrente das necessidades do empregado como do empregador, as evoluções bem como o desenvolvimento tecnológicas observadas nos últimos tempo, tende cada vez mais ganhar espaço no mercado, por ser um trabalho realizado remotamente, através das tecnologias de informação e comunicação, verifica-se a necessidade de fornecer um trabalho com qualidade e quantidade para o empregador, gerando também menos custos financeiro para ambas partes, fazendo com que o funcionário concilie o trabalho com as responsabilidades familiar no âmbito no qual se encontra. A justificativa para a escolha do tema é que deve haver a análise dos novos institutos que estream no direito brasileiro com a reforma trabalhista, bem como dos institutos que já existiam, mas foram regulamentados de forma mais precisa, como é o caso do teletrabalho. Não deixando de se tratar do objetivo do trabalho que consiste em realizar um estudo sobre o teletrabalho na reforma trabalhista, traçando suas vantagens e desvantagens. Essa forma de trabalho visa aspectos econômicos e jurídicos, os limites da sociedade informal, a análise da subordinação estrutural, da sustentabilidade multidimensional, sendo fatos de grande importância tanto na área jurídica quanto noutras áreas para sua dimensão, fazendo um estudo analítico em diversos aspectos, ofertando assim, um grande trabalho não só para os operadores do direito, como também para os operadores de outras áreas e demais interessados que queira conhecer essa nova modalidade de trabalho de maneira profunda, analítica e coesa.

Palavras-chave: teletrabalho. trabalho. tecnologia.

INTRODUÇÃO

Na acepção etimológica, o vocábulo teletrabalho constitui um neologismo por duas palavras: tele, de origem grega, que significa “longe, ao longe, ou longe de”, e trabalho, originada do latim *tripalium*, que é uma espécie de instrumento de tortura ou canga (peça de madeira que prende os bois pelo pescoço e os liga ao carro ou ao arado) que pesava sobre os animais (CUNHA, 1982, p. 760).

No mercado produtivo, o teletrabalho constitui modalidade significativa, conforme o avanço da tecnologia que vem gradativamente, ocupando espaço cada vez mais no mundo pessoal e profissional, consistindo no trabalho realizado a distância, feito através do manejo de tecnologias que impliquem o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação, amenizando as turbulências rotineiras do dia a dia, obtendo retorno e um menor custo financeiro para ambas as partes.

Com a edição da lei 13.467 em 2017, conhecida como lei da reforma trabalhista, foi inserido na legislação novo regramentos a respeito do trabalho realizado no âmbito do domicílio do empregado ou à distância. Assim, o objetivo geral do presente estudo é compreender o direito do trabalho e seu histórico, e compreender a reforma trabalhista, e as alterações gerais realizadas por ela, notadamente no que se refere ao teletrabalho.

A questão problema do presente estudo consiste em compreender as vantagens e desvantagens do teletrabalho, de forma a se alcançar uma conclusão a respeito desse tipo de trabalho, se consiste em algo vantajoso ou não

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) opta pelo termo teletrabalho (telework, em inglês), mas destaca categorias específicas dentro dele. Em sua sistematização, o teletrabalho deve ser conceituado quanto a diferentes variáveis: a) local/ espaço de trabalho; b) horário/ tempo de trabalho (integral ou parcial); c) tipo de contrato (assalariado ou independente); e d) competências requeridas (conteúdo do trabalho).

Dentro dessas variáveis podem ser elencadas diversas categorias de teletrabalho. Em um estudo realizado com milhares de teletrabalhadores em 10 países europeus, além do Japão e dos EUA, destacam-se 6 categorias principais de teletrabalho (EUROPEAN COMMISSION, 2000).

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) o teletrabalho é "a forma de trabalho realizada em lugar distante do escritório e/ou centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação".

As transformações mundiais e a evolução social ocorridas nas últimas décadas deixaram impresso, no final do século XX, uma notável transformação na sociedade brasileira.

Com as turbulências do dia a dia do ser humano, teve a necessidade de se observar algumas mudanças que influenciam a dinâmica do direito e sua aplicação social, principalmente sobre as alterações do comportamento no que diz respeito às relações pessoais.

Neste contexto, pode-se afirmar que o meio produtivo ganhou espaço, em seu domicílio também, obtendo menor custo para o empregador e empregado, facilitando a vida de ambos, no âmbito profissional.

Como se pode observar, a principal característica dessa modalidade contratual é a preponderância do trabalho realizado fora do estabelecimento do empregador, sem prejuízo de eventuais serviços prestados dentro das dependências da empresa, de acordo com a ressalva do parágrafo único do aludido dispositivo legal.

"Art 75 – B 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. Parágrafo único.

"O comparecimento as dependências do empregador para a realização de atividade específica" (Decreto lei nº. 5.452 de 01 de Maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho-CLT)

Portanto, pode-se verificar que as tarefas são realizadas a distância por opção dos contratantes, já que não existem impedimentos para que essas atividades pudessem ser desenvolvidas no mundo home office.

O presente tema, teletrabalho, é uma modalidade de trabalho, decorrente das evoluções cotidianas tecnológicas no âmbito trabalhista, procurando facilitar para o empregador menor custo financeiro e maior comodidade ao empregado.

O profissional teletrabalhador geralmente vê sua qualidade de vida aumentar, pois, tem tempo para se sentir mais harmonioso com a família, reduzindo ainda custos próprios como transporte, administrando seu próprio tempo de trabalho e vida pessoal.

Acredita-se que essa modalidade de trabalho pode ser importante, pois um ambiente produtivo e com profissionais satisfeitos gera motivação para desenvolver um trabalho, prestan-

do assim, um serviço de qualidade e com quantidade.

Será feito pesquisas com método indutivo, aplicando técnicas referentes ao tema para análise da referida modalidade empregatícia, com base em posicionamento jurisprudencial e doutrinário, bem como legislação, buscando assim, resultados do processo para ampla modernização e avanços tecnológicos.

Terá como pesquisa não só métodos citados a cima como também outros, como; coleta e análise dos documentos existentes em outros países com propósitos de copiar o trabalho exercido por eles, por ser países de primeiro mundo e assim, adequar a nossa realidade.

Temos também outras pesquisas como conduzir uma junto à população para avaliar e analisar a extensão do teletrabalho, bem como interesse de quem tem disponibilidade para esse tipo de serviço, verificando assim, as vantagens e desvantagens para exercer tal atividade.

Assim, o objetivo geral do presente estudo é compreender no que consiste o teletrabalho, e os objetivos específicos no qual consistem em compreender o direito do trabalho, suas vantagens e desvantagens nessa nova modalidade de trabalho.

A TRANSIÇÃO BEM COMO; OS RESULTADOS E SUAS DELIMITAÇÕES DECORRENTES DESSA NOVA MODALIDADE DE TRABALHO.

Com o passar do tempo, as relações de trabalho se aprimoram e se tornaram mais complexas. Ademais, nota-se que a CLT não evoluiu da mesma forma, desta forma, a adequação das relações de trabalho mais modernas na atualidade tem sido realizada por meio da edição de inúmeras súmulas e orientações jurisprudenciais pelo TST. Ainda, no ano de 2017 houve a reforma trabalhista, responsável por colocar a CLT no mesmo passo das relações trabalhistas modernas, notadamente é impossível de se negar que, mesmo a vista dos mais céticos, as relações de trabalho se modificam ao longo dos anos, em razão do desenvolvimento e modernização dos avanços tecnológicos.

Iremos analisar quais as influências que o ambiente doméstico poderá gerar no desenvolvimento do teletrabalho, pois, a comodidade em si, da parte do empregado faz - se necessário que ele saiba separar sua vida pessoal do profissional, dados sujeitos a invasão, tendência de desenvolver o estresse e outras situações que envolvem no âmbito familiar.

“Mais especificamente, a governança da organização contemporânea se articula sobre o discurso da ‘empresa’. Ele é construído sobre um conjunto de características tais como iniciativa, autoconfiança e a habilidade de aceitar responsabilidade por si e por seus próprios atos [...] os indivíduos precisam adotar a postura de ‘empreendedores de si’. Essa postura não se limita, na verdade, ao comportamento adequado dentro do ambiente organizacional. Trata-se da formatação de um novo sujeito. A ideia é que a própria vida do indivíduo seja vista como um empreendimento de si - algo que transcende o vínculo circunstancial com a organização para a qual o indivíduo trabalha. Assim, os discursos típicos da gestão contemporânea, como o do ‘profissionalismo’ e o da ‘competência’ e do ‘empreendedorismo de si’ são articulados em termos que alinham a conduta profissional e a competência ao desenvolvimento pessoal: ser profissional e competente é definido em termos de adotar [certa] relação consigo mesmo, uma postura diante da vida (COSTA 2007, p. 108).”

As tarefas são realizadas a distância fazendo com que o empregador concilie o trabalho e vida pessoal no mesmo ambiente, adquirindo resultados positivos.

Por isso o art. 75-C, da CLT, estabelece que, para a regulamentação do teletrabalho, é imprescindível que haja disposição expressa no contrato de trabalho, a qual deverá especificar as atividades que serão realizadas pelo empregado.

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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência). § 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.

Apesar da exclusão da necessidade de controle da jornada, acredita-se que este dispositivo só será aplicado nos casos reais de impossibilidade de se auferir o tempo de trabalho e os intervalos para descanso, tendo em vista os diversos mecanismos e sistemas atuais que possibilitam o controle da jornada do teletrabalhador por meio do controle dos acessos e logins nas redes das empresas.

O trabalhador por meio da tecnologia deve investir em sistemas que tem dados da empresa empregados, o empregador poderá fornecer instruções, controlar a execução de trabalho e comprovar a qualidade e a quantidade de tarefas de forma instantânea, como se o empregado estivesse no estabelecimento do empregador. A internet permite, inclusive, aferir o tempo de conexão do terminal do empregado, bem como quando foi acessado pela última vez o teclado. Esse controle revela, sem dúvida, a subordinação jurídica, que poderá estar presente ainda quando a execução do serviço seja desconectada (off line). Tudo irá depender da análise do programa de informática utilizado (BARROS, 2009, p. 331)

“A internet permite, inclusive, aferir o tempo de conexão do terminal do empregado, bem como quando foi acessado pela última vez o teclado. Esse controle revela, sem dúvida, a subordinação jurídica, que poderá estar presente ainda quando a execução do serviço seja desconectada (off line). Tudo irá depender da análise do programa de informática utilizado (BARROS, 2009, p. 331)”

Uma conjugação de fatores verificou-se que durante crises econômicas iniciadas alguns anos antes, entre 1973/74 (a chamada crise do petróleo), que não encontrou resposta eficaz e rápida por parte das forças políticas então dirigentes. A crise abalava a higidez do sistema econômico, fazendo crescer a inflação e acentuando a concorrência interempresarial e as taxas de desocupação no mercado de trabalho.

A par disso, agravava o déficit fiscal do Estado, colocando em questão seu papel de provedor de políticas sociais intensas e generalizantes. (DELGADO, 2017)
De outro lado, um processo de profunda renovação tecnológica, capitaneado pela microeletrônica, robotização e microinformática.

Tais avanços da tecnologia, devido à necessidade da economia também se movimentar, agravaram a redução de postos de trabalho em diversos segmentos econômicos, em especial na indústria, chegando causar a ilusão de uma próxima sociedade sem trabalho.

Os acontecimentos atuais não estão sendo diferente, devido a Pandemia que deu início no dia 19 de Abril de 2020, afetando assim, também a economia e o grande números de desemprego se alastrando.

Por disso, criavam ou acentuavam formas de prestação laborativa (como o teletrabalho e o escritório em casa — home-office), que pareciam estranhas ao tradicional sistema de contratação e controle empregatícios. (DELGADO, 2017).

No que se refere a modernização do Direito do Trabalho, com a necessária utilização da tecnologia, cabe evidenciar o seguinte pensamento: Uma das grandes dificuldades do “mundo digital” é a carência de normas regulamentadoras, ainda que haja alguns dispositivos legais sobre o assunto, tais como a validade da assinatura digital, questões tributárias, contratos eletrônicos e a responsabilidade civil dos provedores de acesso à rede, além dos crimes virtuais.

Quando o assunto é o Direito do Trabalho, muitos são os obstáculos a serem superados para que exista uma melhora compatibilidade entre o mundo virtual e a devida regulamentação legal. O trabalho informal vem crescendo devido a inoperância sindical, pelo já referido desmantelamento da legislação trabalhista devido a crescente influência da globalização nos dias atuais e, pelas novas tecnologias da informática, que possibilitam a execução de novas modalidades de atividades laborais, como exemplo, o tele-trabalho, o home office, que dispensa, muitas vezes, a presença física e diversas formalidades existentes atreladas ao contrato de trabalho. (TORRES, 2017, p. 26).

Em acréscimo, essa renovação tecnológica, aplicada ao campo das comunicações, eliminava as antes impermeáveis barreiras do espaço e do tempo, extremando a competição capitalista no plano das diversas regiões do globo. (DELGADO, 2017)

Assim, a modernização do Direito do Trabalho é uma necessidade imperativa, tendo em vista as grandes transformações ocorridas nas relações de trabalho. A conjuntura nacional evidencia uma crescente busca do aumento da produtividade das empresas, em face da concorrência cada vez mais acentuada.

Por outro lado, as inovações tecnológicas servem a esse propósito de aumento da produtividade, mas traz consigo um efeito colateral, pois em vários setores levam à redução do número de postos de trabalho. Não há dúvida de que o desemprego é um dos mais graves problemas contemporâneos, decorrente justamente dessa situação.

O TEMA E SUAS ANÁLISES, COM A NOVA REFORMA DE TRABALHO.

Será feito pesquisas com método indutivo, aplicando técnicas referentes ao tema para análise da referida modalidade empregatícia, com base em posicionamento jurisprudencial e doutrinário, bem como legislação, buscando assim, resultados do processo para ampla modernização e avanços tecnológicos.

Terá como pesquisa não só métodos citados a cima como também outros, como; coleta e análise dos documentos existentes em outros países com propósitos de copiar o trabalho exercido por eles, por ser países de primeiro mundo e assim, adequar a nossa realidade.

Temos também outras pesquisas como conduzir uma junto à população para avaliar e analisar a extensão do teletrabalho, bem como interesse de quem tem disponibilidade para esse tipo de serviço, verificando assim, as vantagens e desvantagens para exercer tal atividade.

O presente tema, teletrabalho, é uma modalidade de trabalho, decorrente das evoluções

cotidianas tecnológicas no âmbito trabalhista, procurando facilitar para o empregador menor custo financeiro e maior comodidade ao empregado.

O profissional teletrabalhador geralmente vê sua qualidade de vida aumentar, pois, tem tempo para se sentir mais harmonioso com a família, reduzindo ainda custos próprios como transporte, administrando seu próprio tempo de trabalho e vida pessoal.

Acredita-se que essa modalidade de trabalho pode ser importante, pois um ambiente produtivo e com profissionais satisfeitos gera motivação para desenvolver um trabalho, prestando assim, um serviço de qualidade e com quantidade.

Pode se concluir, portanto, que a legislação retirou a possibilidade de contratação tácita de empregado em regime de teletrabalho. Apesar de a lei não estabelecer nenhuma sanção pela ausência de contratação expressa, entendemos que o contrato tácito de trabalho implica a desconsideração do regime de teletrabalho. O trabalhador terá os mesmos direitos de um empregado em regime presencial com direito à limitação de jornada, com horas extras, intervalos e adicional noturno. Ainda, o empregador será autuado pela fiscalização do trabalho por descumprimento da legislação. (CORREIA, 2018, p. 648)

O regime de teletrabalho não exclui a responsabilidade do empregador por doenças e acidentes decorrentes do trabalho exercido pelo empregado. Por essa razão, é dever do empregador instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, sendo obrigação do empregado assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador (art. 75-E CLT). (ROMAR, 2018, p. 207)

Para Costa, há algumas modalidades de teletrabalho, quais sejam: Home-office – é o teletrabalho realizado no domicílio do teletrabalhador; o espaço de trabalho na empresa é mudado para um escritório na residência do trabalhador. Teletrabalho móvel – o trabalho é realizado por pessoas que estão constantemente se movimentando, seja em viagens, visitando ou trabalhando nas instalações de clientes; os teletrabalhadores móveis usam celulares, laptops, palmtops, por exemplo, para a realização de suas tarefas; o escritório passa a ser qualquer lugar onde o teletrabalhador esteja: o carro, o avião, o trem ou o escritório do cliente.

No Brasil, nos últimos anos houve um grande crescimento do teletrabalho, ganhando uma legislação específica na Reforma Trabalhista com a Lei 13.467 de 2017, que entrou em vigor em 10 de novembro de 2017, conforme será visto a seguir. Desta maneira, é possível observar uma grande evolução quanto ao direito do trabalho.

Diante da importância do tema que proporcionou a maior e mais profunda alteração da legislação desde a criação da CLT em 1943, decidiu-se realizar uma análise da reforma trabalhista, de forma a posteriormente compreender as mudanças realizadas no teletrabalho.

A Reforma Trabalhista causou forte impacto em todo o ordenamento jurídico trabalhista, tendo em vista que a mesma regulamenta diversos institutos jurídicos e apresenta as tendências legislativas em relação a esse ramo do Direito. Algumas alterações atingiram até a própria estrutura do Direito do Trabalho, como a ampliação significativa de acordos individuais e a grande possibilidade de negociação coletiva, por exemplo, (CORREA, 2018).

Inicialmente, fora apresentada pelo então Presidente da República o Projeto de Lei de nº

6.787 de 23/12/2016. Tal projeto abordava sucintamente, uma minirreforma trabalhista, já que propunha a alteração de poucos artigos da CLT (quase 10 artigos), assim como alterava a Lei nº 6.019/1974, que versa sobre o trabalho temporário e a terceirização de serviços.

Em 26/04/2017, contudo, o projeto nº 6.787/2016 foi aprovado pela Câmara dos Deputados com muitas alterações, cerca de 100 artigos foram alterados, em relação ao projeto original apresentado pelo Poder Executivo, modificando, acrescentando ou revogando diversos artigos da CLT e de legislações esparsas como a Lei do FGTS, a Lei nº 6.019/1974 e a Lei nº 8.212/1991. Após a aprovação pela Câmara dos Deputados, o Projeto de Reforma Trabalhista foi enviado ao Senado Federal para apreciação e aprovação, passando a se denominar PLC nº 38/2017.

Com tramitação acelerada e fruto de calorosos debates entre parlamentares, o Projeto em questão não contou com apoio popular, sendo, mesmo assim, votado em regime de urgência. Após votação tumultuada no Senado, em 11/07/2017, o Projeto foi aprovado com 50 votos a favor e apenas 26 contra, recebendo sanção sem vetos pelo Presidente da República no dia 13/07/2017. Assim, foi promulgada a Lei nº 13.467/2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, sob o argumento de adequar a legislação às novas relações de trabalho. A publicação da legislação no Diário Oficial ocorreu no dia 14/07/2017. Entretanto, foi estabelecida *vacatio legis* para a Reforma Trabalhista, que somente entrou em vigor depois de decorridos 120 dias de sua publicação oficial (art. 6º, Lei nº 13.467/2017), (CORREA 2018).

No entendimento de Correia: A alteração que sofreu a Consolidação das Leis do Trabalho com a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, diante dos comentários de Silva, percebe-se que foi considerada como uma das mudanças mais profundas sofridas pela legislação. O texto legal passou a priorizar os acordos entre os empregadores e empregados sobre a própria lei, teve como fim a obrigatoriedade das contribuições sindicais, atribuíram obstáculos ao ajuizamento de ações trabalhistas, limites às decisões do Tribunal Superior do Trabalho. Entre essas e as cem mudanças que o projeto de lei continha, surgiu também a possibilidade de o empregado poder parcelar suas férias em até três períodos. (CORREA, 2018, P. 66)

Em matéria publicada pela Folha, as autoras afirmaram que os defensores da medida têm como argumentos a modernização da legislação que estaria ultrapassada a fim de colaborar com o desenvolvimento econômico, já que a lei antiga inibia o crescimento econômico do país. Em declaração do então Presidente da República, asseverou que a reforma retomará a geração de empregos no Brasil e não visa a retirada de direitos trabalhistas dos empregados. (FERNANDES, ALEGRATTI, 2017, p. 01)

Em análise do texto da reforma, houve mudança quanto às horas “in itinere”, deixando de ser obrigatoriamente paga ao funcionário, em que o benefício era garantido ao empregado, segundo o artigo 58, parágrafo segundo da CLT quando o local de trabalho era de difícil acesso ou não servido pelo transporte público.

Houve mudança também quanto ao tempo na empresa entre as jornadas como o descanso, estudo, alimentação e a troca de uniforme, deixaram de ser consideradas como horas integrantes da jornada de trabalho. Antes, porém, a legislação trabalhista previa que era contado como jornada de trabalho o tempo em que o empregado estaria disponível para o empregador.

As horas de descanso foram alteradas, podendo no mínimo o intervalo conter

meia hora, não mais a uma hora que dispunha o funcionário quando laborava as oito horas diárias, podendo no atual caso ser negociado entre o empregador e o empregado. A rescisão do contrato de trabalho, antes da atual reforma, seria válida somente quando o funcionário tinha homologado pelo sindicato ou quando o Ministério do Trabalho o fizesse. Atualmente, a lei revogou a presente tratativa. Inclusive, surge a figura da rescisão do contrato de trabalho por acordo, passando a ser permitida fazê-la somente entre o empregador e o empregado.

Atualmente, a lei que reformou a Consolidação das Leis do Trabalho possui a especificação da formação de comissão de fábrica, tratando das empresas que possuem mais de duzentos funcionários deverão ter comissões de representantes para negociações com o empregador, norma esta que antes, trazia a ideia de que entre os empregados um seria escolhido para ser o representante dos funcionários para a ocorrência dessas negociações.

A eleição e escolha do representante, nos termos da lei, poderão ser com empregados sindicalizados ou não, já os empregados temporários, com contrato de trabalho suspenso e em aviso prévio não possuem direito ao voto.

Os danos morais, antes arbitrados pelo próprio magistrado nas reclamações trabalhistas, tiveram seu teto definido, afirmando a nova lei a incidência do valor de acordo com o valor do último salário do funcionário, portanto, que recebe um salário maior indenização pecuniária por danos morais.

Outro ponto importante que mudou foi a possibilidade da existência de uma quitação anual a ser assinada pelo trabalhador, dando como pagas todas as parcelas de recebimento das obrigações trabalhista, como as horas extras e os adicionais devidos.

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe a alteração das integrações no salário no que diz respeito aos benefícios, como os auxílios, prêmios e abonos. É importante esclarecer, inclusive, a situação dos empregados que possuem salários acima de onze mil reais, não terão direito à representação pelo sindicato, passando a ter suas negociações dispostas individualmente.

Além de tantas outras disposições que a reforma trabalhista abarcou, uma das mais polêmicas tratou da possibilidade da mulher grávida ou lactante poder exercer suas atividades em locais insalubres em grau médio ou mínimo. Só poderão ser afastadas de suas atividades quando apresentarem o atestado médico condizente com a sua situação, demonstrando que é necessário o seu afastamento.

Diante dessas e outras mudanças que a reforma trabalhista abrangeu, surge, neste interim, a Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017, que veio provisoriamente para alterar pontos mais controvertidos presentes na reforma e que não agradaram alguns senadores, sendo um compromisso firmado entre eles e o Presidente da República. Segundo matéria publicada por Carbone e Machado (2018) os autores afirmam que a Medida Provisória vinha alterando esses pontos considerados mais polêmicos e que causaram mais desconforto na sociedade em geral, e que foram apresentados mais do que novecentas e sessenta e sete emendas ao texto apresentado à Comissão.

De acordo com a notícia, a Medida Provisória teria sua vigência até o dia 22 de fevereiro de 2018, porém, valendo-se do artigo 62, parágrafo terceiro da Constituição Federal de 1988, o Senado prorrogou por mais sessenta dias a sua vigência. No Congresso, não houve tramitação da matéria e não foi montada a Comissão Mista que iria julgá-la para debate dos termos. Neste

sentido, não houve resolução quanto aos termos de mudanças da Medida Provisória 808.

A Medida Provisória alterou os pontos controvertidos, dentre eles estão o que dizem respeito ao direito intertemporal, em razão da resolução da aplicabilidade nos contratos de trabalho que foram firmados antes da reforma trabalhista, sendo que a posição que prevalece do Ministério Público do Trabalho é que os termos da nova lei, só seriam aplicados aos novos contratos de trabalho.

Alterou também o que constava na jornada 12x36, a prorrogação de jornada na atividade insalubre, a incidência dos danos morais, o caso da gestante e lactante em atividades insalubres, a proibição da cláusula de exclusividade do trabalho autônomo, dentre outras alterações.

Importante a atenção voltada para o término do fim da vigência da Medida Provisória que possibilitou então que as alterações na Lei nº 13.467, continuassem tendo o pleno efeito e sem as modificações por esta, já que a sua vigência terminou, o texto volta a ter mesmos efeitos que anteriormente.

O cenário político e as alterações ainda são fortes discussões no Brasil e dividem doutrinadores e operadores do direito. Atualmente, no mês de fevereiro de 2019, a Organização Internacional do Trabalho apontou que a Lei nº 13.467 está em dissonância com a Convenção nº 98, promulgada pelo Decreto nº 33.196, de 29 de junho de 1953.

A matéria publicada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho afirmou que houve forte cobrança do Governo Federal para a revisão da reforma sobre os pontos que tratam da prevalência de negociações coletivas sobre a própria legislação, o termo “negociado sobre o legislado”. A matéria considerou: Após a publicação do relatório, o presidente da Anamatra, Guilherme Feliciano, registrou que a Associação já havia apontado as dissonâncias entre o texto da Lei 13.467/2017 e convenções internacionais da OIT, como as Convenções 98, 135 e 155, entrem outras. “O relatório agora divulgado, pela terceira vez, apenas confirma que os alertas feitos pela Anamatra seguem rigorosamente as pautas técnicas da OIT”.

É importante, ademais, que esses apontamentos sejam recebidos, assimilados e tomados com a devida credibilidade pelas atuais autoridades governamentais. Resta claro que qualquer aprofundamento da reforma trabalhista, na mesma linha adotada pela Lei 13.467/2017, respondendo as oscilações do mercado com precarização dos contratos e enfraquecimento dos sindicatos, não terá boa recepção perante a comunidade internacional. É necessário lidar com isso e equilibrar as pautas políticas programadas com os vínculos programáticos aos quais o Brasil se submete no plano do Direito Internacional Público, ressalta (ANAMATRA, 2019). Verifica-se, portanto, que há muitos pontos a serem discutidos e colocados em prática pelo ordenamento jurídico e que não consonância na doutrina, jurisprudência e até mesmo na legislação brasileira.

Por fim, nota-se que a reforma trouxe grandes mudanças para a modalidade laboral conhecida como Home Office, e a primeira delas foi a de ter uma regulamentação própria. Vale a pena enumerar alguns pontos que merecem ser mencionados. A reforma dedicou um capítulo inteiro da CLT para dispor sobre o teletrabalho (arts. 75-A até 75-E), no qual fica estabelecido que esta modalidade de trabalho será adotada mediante entendimento mútuo entre empregado e empregador, e, caso haja esse entendimento, será materializado com a celebração de um “contrato individual de trabalho”. Nos casos de já existirem contratos de trabalhos, a formaliza-

ção desse tipo de modalidade laboral será realizada através de um aditivo.

Dentre todas as alterações impostas por essa reforma, a que provavelmente configura-se como central, para os estudiosos do Direito do Trabalho que vêm se dedicando a interpretação da nova legislação, é a questão da flexibilização, grosso modo indicada como prevalência dos acordos firmados em relação ao legislado. Assim, da análise da lei, observa-se a tendência da flexibilização de vários institutos tidos, anteriormente e por muito tempo, como direitos protetivos do trabalhador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com as pesquisas doutrinárias e jurisprudências, identificamos que essa nova modalidade no que tange no espaço no âmbito familiar, a organização em si, com toda implementação e suporte para realização dos trabalhos, ofertada pelo empregador, apresentou mais pontos positivos do que negativos para essa nova modalidade de trabalho.

Entretanto, no ano de 2017 houve a reforma trabalhista, que modificou substancialmente vários dispositivos da CLT com o objetivo de tornar o documento mais moderno, acompanhando a evolução social.

Ainda sobre essa questão, que se refere a vantagens de se produzir em um ambiente externo, foi citado as discussões sobre qualidade de vida e as vantagens do teletrabalho para a carreira. A melhoria na qualidade de vida do trabalhador, segundo Barros e Silva (2010), tem sido um dos maiores argumentos de convencimento (e até sedução) das organizações para os funcionários realizarem o teletrabalho.

A categoria é ampla, por abranger diversos fatores relacionados a 41 qualidades de vida do indivíduo no trabalho e fora dele, como saúde, liberdade, aproximação com a família, atividades físicas. Os relatos dos entrevistados estão em consonância com a divisão feita por Büssing (1998), de qualidade de vida dentro e fora do trabalho. O primeiro aspecto atrela fatores como produtividade e redução de custos dentro do trabalho, quando as atividades são realizadas em ambiente externo. Já o segundo, relaciona o tempo com a família e o lazer. Ainda em relação à qualidade de vida, pode-se notar, no discurso dos participantes, uma satisfação quanto ao regime de teletrabalho, bem como o sentimento de felicidade, fatos também notados por Costa (2007) em sua pesquisa.

Assim, tomando por referência experiências de outras nações, mas sem copiá-las, o Brasil constrói seu próprio modelo e ingressa no rol dos países que dispõe de regulamentação para o teletrabalho via norma positivada.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

BARROS, A.M; SILVA, da J.R.G. Percepções dos indivíduos sobre as consequências do teletrabalho; estudo de caso na Shell Brasil. CADERNOS EBAPE. BR, v. 8, nº 1, artigo 5, Rio de Janeiro, Mar. 2010
Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

MELLO, A. Teletrabalho (telework): o trabalho em qualquer lugar e a qualquer hora. São Paulo: Qualitymark, 2000

COSTA, I. S. A. Teletrabalho: Subjugação e construção de subjetividades. Revista de Administração Pública, v. 41, n. 1, p. 105-124, 2007.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. O fenômeno do teletrabalho: uma abordagem jurídico trabalhista.

ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho). Reforma trabalhista: OIT solicita ao Governo brasileiro revisão de pontos da lei 13.467/2017. Publicado em 11 fev. 2019.

BARBOSA, Robinson Luís Duarte. O teletrabalho dentro de uma visão mais ampla da subordinação jurídica. Revista Direito e Liberdade. ISSN Eletrônico 2177-1758.

BRAMANTE, Ivani Contini. Teletrabalho – teledireção, telessubordinação e teledisposição. In: Revista LTr, v. 76, nº 4, abr. 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. Ed. São Paulo: LTr, 2017.

FERNANDES, Talita. ALEGRETTI, Laís. Após confusão, Senador aprova reforma trabalhista de Temer. Brasília: Folha Digital. Publicado em 11 de julho de 2017.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TORRES, Bruna Hannouche. O impacto da tecnologia no direito do trabalho: reflexos de uma modernização.

**Breve histórico e evolução dos direitos
trabalhistas no Brasil**

**A brief history and evolution of labor laws in
Brazil**

André Siebeneichler



RESUMO

O presente estudo visa apresentar as origens e a evolução dos direitos trabalhistas no Brasil, fazendo uma breve explanação das relações de trabalho do Brasil indígena, passando pela triste presença da figura da escravidão, depois para o período liberal do direito do trabalho, pelas influências externas que causaram grandes transformações, como o surgimento das leis trabalhistas brasileiras, da mesma forma as influências internas dos imigrantes, em seguida a transformação de um Brasil de economia agrária para industrial, onde o direito do trabalho foi auxiliar no controle da inflação, buscando o equilíbrio da economia, passando por fases de retrocessos e avanços, com a Constituição Federal de 1988 o direito brasileiro assume nova tendência, de negociação coletiva, mas é um processo de autocomposição onde a boa-fé e à responsabilidade social devem estar presentes, as relações sociais e o trabalho sofreram muitas alterações, o trabalhador conquistou muitos direitos, mas estão ameaçados, pois sofrem grandes pressões do mercado.

Palavras-chave: breve histórico do trabalho no Brasil. o trabalho e as influências econômicas. a evolução dos direitos trabalhistas no Brasil.

ABSTRACT

This paper aims to present the origins and evolution of labor laws in Brazil, briefly explaining the labor relations in indigenous Brazil, the lamentable existence of slavery, the liberal period of labor laws, the external influences that caused great transformations, like the creation of Brazilian labor laws, and the internal influences from immigrants. Then, it approaches the change from an agrarian economy to an industrial one, which featured labor laws helping to control inflation, seeking to balance the economy amid regressions and advances. With the Federal Constitution of 1988, Brazilian Law moves toward a new tendency of collective bargaining, a self-composing process that must feature good faith and social responsibility. Social and labor relations have suffered many changes and the workers have earned many rights, but they are threatened by the considerable pressure from the market.

Keywords: brief labor history of Brazil. labor and economic influences. evolution of labor laws in Brazil.

INTRODUÇÃO

BREVE HISTÓRICO DO TRABALHO NO BRASIL

O Brasil é um país de proporções continentais, assim ocorrem algumas distorções quando observamos uma parte desta imensidão de relações trabalhistas, desde as primeiras até as atuais.

Antes do "descobrimento" não faz muito sentido falarmos das relações de trabalho no Brasil, pois o trabalho ocorria somente nas comunidades indígenas de forma comunitária, para subsistência, sem registros de dominação ou de trabalho forçado, com a colonização nos moldes do extrativismo predatório o trabalho era prestado no campo, com base da economia, em regime de escravidão (VECCHI 2007).

O sistema indígena funcionava na base dos trabalhos coletivos, como ainda é, onde a tribo em conjunto ou em grupos realiza as tarefas, que podem ser de pesca, agricultura, cuidado dos filhos, dentre outras.

Já o trabalho escravo foi uma marca triste de exploração na história do país, que pode ser considerada apenas como uma fase anterior ao Direito do Trabalho, onde os negros africanos foram trazidos para trabalhar nas lavouras de forma escrava.

O trabalho dos negros africanos resultante da escravização pode ser visto apenas como antecedente histórico, marcado principalmente como fator de segregação da pobreza, como é observado por Camino:

a História do Brasil está marcada, nos períodos colonial e imperial, pela escravidão dos negros africanos, trazidos através do tráfico, em sua página mais degradante. Desnecessário dizer da importância dos negros na economia e, fundamentalmente, na formação cultural do povo brasileiro. Em tudo eles estão, generosamente presentes, embora a submissão de mais de três séculos ainda repercuta na segregação da pobreza e no preconceito racial velado (CAMINO, 2004, P. 39-40).

O período liberal do direito do trabalho no Brasil só iniciou com a abolição da escravatura e proclamação da República, contribuindo para que posteriormente ocorresse desenvolvimento da legislação trabalhista brasileira (NASCIMENTO, 2007).

Fato importante no Direito brasileiro, a Lei Áurea, é apontada como marco referencial no Direito do Trabalho por Delgado:

Embora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter justralhista, ela pode ser tomada, em certo sentido, como o marco inicial de referência da História do Direito do Trabalho brasileiro. É que ela cumpriu papel relevante na reunião dos pressupostos à configuração desse novo ramo jurídico especializado. De fato, constituiu diploma que tanto eliminou da ordem sociojurídica relação de produção incompatível como o ramo justralhista (a escravidão), como, em consequência, estimulou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária de utilização da força de trabalho: a relação de emprego. Nesse sentido, o mencionado diploma sintetiza um marco referencial mais significativo para a primeira fase do Direito do Trabalho no país do que qualquer outro diploma jurídico que se possa apontar nas quatro décadas que seguiram a 1888 (DELGADO, 2010, P. 99-100).

No momento de transição do trabalho escravo para o trabalho assalariado pode-se destacar como fato interessante, nos primeiros anos da República as poucas greves como é apresentado por Nascimento:

nos primeiros anos da República as greves eram esporádicas: uma em São Paulo em 1890, duas em 1891, quatro em 1893 e até 1896 uma a cada ano. Também raras foram as greves em outros Estados, visando, na maioria das vezes, melhores salários e redução da jornada diária de trabalho. Porém, no começo do século acentuaram-se (DELGADO, 2010, P. 62).

As relações mudam, mas as mudanças são sentidas de forma mais sutil pelo trabalhador, pois ocorrem poucas mudanças em sua vida prática e poucas melhorias em suas condições sociais.

O Brasil na formação do Direito do trabalho sofreu influências de ordem externa e outras de ordem interna, não sendo fácil determinar qual ou quais são as predominantes, o que se pode observar é que foram de grande importância para que ocorresse esse fenômeno em nosso país.

As influências externas na formação do direito do trabalho que levaram o Brasil a elabo-

rar leis trabalhistas foram principalmente às transformações ocorridas na Europa e a elaboração de legislação de proteção ao trabalhador em muitos países. Fato importante foi o compromisso internacional assumido pelo Brasil ao ingressar na Organização Internacional do Trabalho, criada no Tratado de Versalhes (1919), com proposta de observar-se normas trabalhistas (NASCIMENTO, 2001).

Da mesma forma, podem ser destacadas na formação do direito do trabalho no Brasil as influências internas, pois são de grande importância nesse momento, como é demonstrado por Nascimento:

os fatores internos mais influentes foram o movimento operário de que participaram imigrantes com inspirações anarquistas, caracterizado por inúmeras greves em fins de 1800 e início de 1900; o surto industrial, efeito da Primeira Grande Guerra Mundial, com a elevação do número de fábricas e de operários – em 1919 havia cerca de 12.000 fábricas e 300.000 operários; e a política trabalhista de Getúlio Vargas (1930) (NASCIMENTO, 2007, P 45).

Os movimentos operários foram uma influência de grande importância na melhoria das condições e dos direitos dos trabalhadores, pois o atrito de forças, levam, mesmo que de forma lenta a mudança nas relações de trabalho e nas suas condições.

Pode ser percebido o surgimento de uma nova fase no Direito do Trabalho no Brasil nas palavras de Delgado:

A fase de institucionalização do Direito do Trabalho consubstancia, em seus primeiros treze a quinze anos (ou pelo menos até 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho), intensa atividade administrativa e legislativa do Estado, em consonância com o novo padrão de gestão sociopolítica que se instaura no país com a derrocada, em 1930, da hegemonia exclusivista do segmento agroexportador de café (DELGADO, 2010, P. 103).

A institucionalização do Direito do Trabalho foi uma grande vitória para o trabalhador, os direitos colocados no papel em forma de legislação tem um papel fundamental na melhoria das condições dos trabalhadores, mesmo que por si só não sejam suficientes para que sejam colocados em prática, sem uma Justiça do Trabalho atuante fica muito difícil que ocorra a efetivação destes direitos.

A partir da Revolução de 30, o Brasil caminha de uma economia agrária para uma sociedade industrializada, uma transformação caracterizada por relações de trabalho com maior grau de desenvolvimento. O Estado passou a ser intervencionista, com a Constituição de 1934 (concebida como a primeira Constituição Social do Brasil, mas ainda sem uma verdadeira implementação prática) (VECCHI, 2007).

Um dos mais importantes marcos dos direitos dos trabalhadores foi a Consolidação das Leis do Trabalho, e o contexto em que surgiu, como é apresentado nas palavras de Camino:

a Constituição de 1937 consagrou os direitos dos trabalhadores em seu art. 137, em pleno regime autoritário (Estado Novo), com a restrição da liberdade sindical e a definição da greve como delito. É nesse período, mais precisamente, em 1º de maio de 1943, através do Decreto Lei nº 5.452, que surge a Consolidação das Leis do Trabalho, ainda hoje a síntese da legislação trabalhista por excelência (CAMINO, 2004, P. 41).

A Consolidação das Leis do Trabalho não foi o instrumento que era esperado, sofreu inúmeras modificações, ficando visível o contraste entre ela, com o pensamento corporativo, e a Constituição Federal de 1946, de cunho social-democrático (NASCIMENTO, 2007).

No caminho evolutivo do Direito do trabalho no Brasil o reconhecimento do direito de greve e o tratamento da Justiça do Trabalho como órgão do Poder Judiciário, são fatos de grande importância como pode ser percebido nas palavras de Camino:

extinto o Estado Novo, emergiu a Constituição de 1946 que outorgou à Justiça do Trabalho o status de órgão do Poder Judiciário, mantendo a sua organização paritária e outorgando-lhe poder normativo na solução dos conflitos coletivos de trabalho. O direito de greve foi reconhecido, mas se manteve o sindicato atrelado ao Estado. O elenco dos direitos trabalhistas foi objeto do art. 157 (NASCIMENTO, 2007, P. 41).

Começou em 1964 a reformulação da política econômica, as leis trabalhistas passaram a ter um caráter econômico, para atenderem metas como o combate à inflação, buscando o equilíbrio da economia (NASCIMENTO, 2007).

Em 1967 ocorre o surgimento de uma nova fase autoritária, com redução de direitos, um verdadeiro retrocesso, inclusive com a limitação da competência da Justiça do Trabalho, como é percebido nas palavras de Camino:

ao ensejo de nova fase autoritária, a partir de março de 1964, a greve e a atividade sindical foram severamente reprimidas. A constituição outorgada de 1967, com suas emendas, em especial a de nº 1/69, consagrou retrocesso ao vetar a greve nos serviços essenciais, reduzir o limite de idade para o trabalho de 14 para 12 anos e limitar a competência da Justiça do Trabalho, tornando praticamente inócuo o seu poder normativo e deslocando para a Justiça Federal Comum os litígios individuais trabalhistas envolvendo servidores públicos federais. Foram mantidos os direitos sociais clássicos dos trabalhadores no art. 158 (CF/67) e 165 (Emenda Constitucional nº 1/69) (CAMINO, 2004, P. 42).

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NO BRASIL

Em 1988 o Estado sofre mudanças, para uma transformação de pensar e agir, buscando a efetivação dos direitos nas suas três dimensões, como é contado por Leite:

surge, então, o Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado Constitucional, Estado Pós-Social ou Estado Pós-Moderno, cujos fundamentos se assentam não apenas na proteção e efetivação dos direitos humanos de primeira dimensão (direitos civis e políticos) e segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais), mas também dos direitos de terceira dimensão (direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos) (LEITE, 2009, P.39).

Como grande marco, a Constituição de 1988 possibilitou as condições para ampliar a participação dos grupos sociais na geração de normas jurídicas, no universo normativo nacional, quando faz menção a uma "sociedade pluralista" e defende a solução pacífica de conflitos, ainda, quando menciona valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (DELGADO, 2010).

Seguindo nessa linha de raciocínio, o processo favorável à democratização do País, faz surgir a Constituição Federal de 1988, com aspectos novos para o direito do trabalho no Brasil, como é contado por Nascimento:

um dos aspectos positivos foi o redimensionamento das relações entre os sindicatos e o Estado através da adoção de dois princípios básicos, a auto-organização sindical e a autonomia de administração dos sindicatos, o primeiro permitindo livre criação dos sindicatos, sem a necessidade de prévia autorização do Estado, o segundo assegurando aos sindicatos liberdade para que possam praticar, segundo as próprias decisões, os atos de interesse interno com liberdade de administração, o que vai transferir da lei para os estatutos as questões que, como os órgãos da sua direção, as deliberações de assembléia, as eleições, não podem mais sofrer a interferência do Estado (NASCIMENTO, 2007, P. 79).

Com a nova Constituição os sindicatos ganham força, como deve ser numa democracia, para uma real defesa de direitos, desfrutam de autonomia do Estado, ou seja, liberdade administrativa, assim o trabalhador, de forma coletiva, ganha mais espaço na luta por seus direitos.

Com a figura dos sindicatos fortalecida e as forças da negociação coletiva o trabalhador ganha uma ferramenta em sua luta por melhores condições de trabalho e conseqüentemente uma melhor condição social, abrindo as portas para o crescimento da economia brasileira.

Novas diretrizes são seguidas na Constituição da República Federativa de 1988, como é visível nas palavras de Nascimento:

as linhas básicas adotadas pela Constituição Federal de 1988 são as seguintes: 1ª) adoção de um modelo prescrito, não omissivo, segundo a diretriz do constitucionalismo social e seus objetivos fundamentais, que compreendem a idéia da inclusão de direitos sociais nas Constituições; 2ª) opção por um texto constitucional não sintético, de certo modo extenso e que, apesar de poucos artigos, contém inúmeros incisos dispondo sobre uma variedade de direitos trabalhistas, em dimensão até hoje desconhecida em nossas Constituições; e 3ª) inclusão, na Constituição, de novos direitos trabalhistas, assim considerando aqueles até agora não previstos em nossa ordem jurídica, como também aqueles que o eram apenas em nível de legislação ordinária, passando, com a Constituição, a nível maior (NASCIMENTO, 2001, P. 49).

Pode ser apontado como uma mudança de importância, a renovação da cultura jurídica brasileira, permitindo uma visão coletiva dos problemas, como é demonstrado por Delgado:

[...] a Constituição de 1988 produziu um clarão renovador na cultura jurídica brasileira, permitindo despontar, no estuário normativo básico do país, a visão coletiva dos problemas, em anteposição à visão individualista preponderante, oriunda do velho Direito Civil. Essa nova perspectiva embebe-se de conceitos e ótica próprias ao Direito do Trabalho, em especial a noção de ser coletivo (e de fatos/atos coletivos), em contraponto à clássica noção de ser individual (e fatos/atos individuais), dominante no estuário civilista brasileiro. Ao constitucionalizar o Direito do Trabalho, a Carta de 1988 praticamente impôs ao restante do universo jurídico uma influência e inspiração justralhista até então desconhecidas na história do país (DELGADO, 2010, P. 116).

O direito brasileiro assume nova tendência, de negociação coletiva, mas é um processo de autocomposição onde a boa-fé e a responsabilidade social devem estar presentes, nas palavras de Nascimento:

as tendências do direito brasileiro voltam-se para a prática da negociação coletiva como amplo e efetivo processo de autocomposição de interesses entre trabalhadores e empregadores, visando fixar condições de trabalho bem como regular as relações entre as partes estipulantes, possibilitando, assim, o ajuste não só de cláusulas normativas destinadas a estabelecer direitos e deveres entre as partes que figuram no contrato individual de trabalho como também de cláusulas obrigacionais que vincularão as entidades e sujeitos estipulantes[...] exigir-se-ia, na negociação, boa-fé, responsabilidade social, respeito à livre manifestação de vontade dos seus participantes, apresentações e a fundamentação das propostas e contrapropostas[...] (NASCIMENTO, 2007, P. 81).

Alguns fatores são preponderantes no enfraquecimento dos sindicatos, pode ser citado como exemplo o desemprego, que diminui a possibilidade de luta por melhores condições para os trabalhadores, pois modifica o foco das reivindicações para políticas de desenvolvimento econômico (NASCIMENTO, 2001).

Da mesma forma o surgimento de novas profissões, provocando o fracionamento das categorias profissionais e a queda da inflação, que acaba afastando os pleitos para atualização de valores, que eram frequentes, contribuem para que ocorra a redução da força sindical (NASCIMENTO, 2001).

O trabalhador encontra-se em situação difícil, não somente quanto ao desemprego, às condições ligadas ao trabalho e a condições sociais, mas na sua condição de pessoa humana, afetado diretamente na sua dignidade.

As relações sociais e o trabalho sofreram muitas alterações, o trabalhador conquistou muitos direitos, mas estão ameaçados, pois o mercado pressiona, são muitos trabalhadores e os postos de trabalho muitas vezes não acompanham o quantitativo de trabalhadores, além de muitos sofrerem com a pouca especialização, ainda com as figuras da mecanização, automação e da robotização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As origens e a evolução dos direitos trabalhistas brasileiros sofreram diversas mudanças no decorrer dos processos, sofreram grandes transformações e enfrentaram avanços e retrocessos, as constituições principalmente a atual também tem o seu papel nestas transformações, que são novas formas de ver as mesmas relações sociais, no ambiente do trabalho, hoje o princípio da boa-fé tem um papel importantíssimo como guia destas relações, existem pressões de ambos os lados, mas o mercado mostra uma força maior, apensar disto o horizonte esperado é do equilíbrio.

REFERÊNCIAS

CAMINO, Carmem. Direito individual do trabalho. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2009

NASCIMENTO, Amauri Mascavo. Iniciação ao direito do trabalho. 27. ed. São Paulo: Ltr, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascavo. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional. 2. ed. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2007.

A lenta valorização do trabalho humano

The slow appreciation of human labor

André Siebeneichler



RESUMO

O presente estudo visa apresentar as origens do mundo do trabalho, suas origens remotas, voltado para o autoconsumo, onde servia para a sobrevivência humana, sendo um fator de grande importância para a organização econômica da sociedade, com forte movimento de exploração humana, até mesmo na figura da escravidão, com o surgimento das corporações de ofício no momento em que predominava o feudalismo, o mesmo começou a sofrer um enfraquecimento, e assim mudanças contínuas ocorreram nas relações de trabalho, quando surge a figura da locação novamente às relações humanas sofrem atritos, chegando à Revolução Industrial do século XVIII a dignidade humana começou a ter o seu papel, em seguida o surgimento da máquina causou fortes alterações nas relações de trabalho, transitando pela concepção de Estado Social, atualmente o homem com todo o progresso científico, ainda enfrenta o velho problema da pobreza, a falta de oportunidade e a segregação, apresentando o desenvolvimento das relações de trabalho em um eterno avanço e retrocesso na busca do equilíbrio desta relação.

Palavras chave: origens do trabalho. desenvolvimento das relações de trabalho. condições de trabalho.

ABSTRACT

This paper aims to present the origins of human labor. Its remote beginnings were centered on self-consumption, when it was a crucial factor for the economic organization of society and featured intense human exploitation, including slavery. With the creation of craft guilds during feudalism, the exploitation factor weakened, and more continuous changes in labor relations ensued. The concept of renting also brought new frictions in human relationships, the Industrial Revolution of the 18th century saw human dignity start to play its role, and the creation of machines caused intense changes in labor relations, moving through the conception of the Welfare State. Currently, despite huge scientific progress, people still face the old problems of poverty, lack of opportunities, and segregation, illustrating the development of labor relations as an eternal search for balance with advances and regressions.

Keywords: labor origins. development of labor relations. labor conditions.

INTRODUÇÃO

ORIGENS DO TRABALHO

O trabalho tem origem muito remota, mas a palavra deriva do latim vulgar tripaliare, que por sua vez foi deduzido da palavra tripalium que significa uma espécie de instrumento feito de três paus, que costumava ser utilizado na agricultura para debulhar espigas, como cavalete para sujeitar animais para tratos como o de ferrar, com o passar do tempo ganhou o sentido de tortura, sofrimento moral, atingindo o de trabalho (MARTINS, 2002).

Pode ser que o trabalho começou voltado para o autoconsumo, onde a sede, a fome e o instinto de sobrevivência levaram o homem ao trabalho. Que por sua vez colaborou para a formação de grupos locais com certa organização política, socioeconômica e no trabalho (ÁVILA, 2009).

Diferente dos dias de hoje o trabalho desenvolvido na Antiguidade e na Idade Média pode ser reconhecido apenas como registro preliminar da relação jurídica que é reconhecido ao trabalho na atualidade, como pode ser percebido na visão de Camino:

as relações de trabalho desenvolvidas na Antiguidade e na Idade Média apenas constituem registros preliminares, sem correlação direta com o direito do trabalho. Ambas as fases históricas conheceram o trabalho como fator importante de organização econômica, destituído, contudo, do elemento volitivo, caracterizado das relações jurídicas que têm por objeto a prestação de trabalho em favor de outrem nos dias de hoje (CAMINO, 2004, p. 27).

No princípio existiam práticas de antropofagia, quando o vencedor nos combates devorava o vencido, prática que era comum, com o passar do tempo começou a simples eliminação do derrotado, passando posteriormente, após uma modificação das práticas costumeiras, a subjugar o oponente a condição de escravo, uma opção que oferecia vantagem, questão de sobrevivência, pois era a alternativa para não morrer (ÁVILA, 2009).

O homem considerava o seu adversário como um objeto, podendo dispor do vencido da forma que acreditava ser a mais vantajosa, uma das práticas comuns era a de matar o oponente, essa prática deu lugar ao de escravizar o inimigo.

O trabalho na sociedade pré-industrial era predominantemente de origem escrava, como observa Nascimento:

na sociedade pré-industrial não há um sistema de normas jurídicas de direito do trabalho. Predominou a escravidão, que fez do trabalhador simplesmente uma coisa, sem possibilidade sequer de se equiparar a sujeito de direito. O escravo não tinha, pela sua condição, direitos trabalhistas (NASCIMENTO, 2001, p. 37).

No mundo antigo o sistema de escravidão representava o sistema de trabalho universal e sobre essa forma de exploração cresceu a civilização greco-romana. Os escravos realizavam desde os ofícios mais braçais até aos mais intelectuais, dependia das habilidades de cada um. Era grande o desprezo aos trabalhadores de artifícios braçais e comuns, e grandes os privilégios aos ligados às ciências ou às artes (CAMINO, 2004).

Em Roma existia uma certa organização no trabalho além do trabalho escravo, na Grécia o trabalho escravo podia trazer melhores condições de vida para o trabalhador do que para quem era livre, como apresenta Camino:

Roma ainda conheceu outro tipo de organização do trabalho, de origem corporativa, através da *collegia*, por volta de 700 a. C. Nos *collegia* o trabalho era organizado agrupando-se os trabalhadores em suas diversas profissões. Tais corporações perduraram, com alguma solução de continuidade até o século III, quando foram incorporadas ao Estado. Instituiu-se o monopólio das profissões, vedando-se aos trabalhadores deixar de exercê-las e ficando os filhos obrigados a seguir a profissão dos pais e os genros, a dos sogros, não podendo cogitar de trabalho livre.

Na Grécia, também dominava o regime de escravidão. Contudo, o trabalho escravo era encarado de uma forma menos indigna. Havia escravos cultos em expressivo número, que gozavam da amizade e do reconhecimento de seus amos. Tinham a subsistência assegurada, ao contrário dos trabalhadores livres, que viviam em condições miseráveis (CAMINO, 2004, p. 28-29).

DESENVOLVIMENTO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Com o passar do tempo surge a figura das corporações de ofício, com uma organização própria, com três figuras importantes: os mestres, os companheiros e os aprendizes. Como é apresentado por Nascimento:

com as corporações de ofício da Idade Média as características das relações de trabalho ainda não permitiram a existência de uma ordem jurídica nos moldes com que mais tarde surgia o direito do trabalho. Houve, no entanto, uma transformação: a maior liberdade do trabalhador. Nas corporações de artesões (sic) agrupavam-se todos os artesões (sic) do mesmo ramo em uma localidade. Cada corporação tinha um estatuto com algumas normas disciplinando as relações de trabalho. Havia três categorias de membros das corporações: os mestres, os companheiros e os aprendizes.(CAMINO, 2004, p. 29).

Foram diversas as influências das mudanças nas relações de trabalho, como pode ser percebido nas palavras de Camino, “a fragmentação do Império Romano, a partir do ano 476 da era cristã, implicou alterações significativas nas relações de trabalho. Nesse período, emergiram como instituições de grande poder a Igreja, o feudalismo e as corporações de ofício” (CAMINO, 2004).

As corporações de ofício foram de grande importância no processo de mudança do trabalho, enfraquecendo o poder econômico e político dos senhores feudais, como é lembrado por Vecchi:

fato importante no desenvolvimento das relações de trabalho foi o surgimento, como já dito, na Idade Média das corporações de ofício, Com as corporações no campo econômico e as comunas no campo político, o domínio econômico e político dos senhores feudais começou a sofrer desgastes, o que acarretou, ao longo dos anos, a mudança do feudalismo para o mercantilismo e das estruturas pré-estatais fragmentárias e deu início ao surgimento dos Estados nacionais. (VECCHI, 2007, p. 21).

Uma importante contribuição na evolução dos direitos relacionados ao trabalho foi o surgimento da locação, que tinha desdobramento em dois tipos: a locação de serviços, *locatio operarum*, que consistia na prestação de serviços por um tempo certo mediante uma remuneração, e a locação de obra ou empreitada, *locatio operis faciendi*, que é o contrato para uma obra mediante certa remuneração (NASCIMENTO, 2001).

O trabalho humano é de grande importância para a sociedade, no passar dos anos ocorrem muitas mudanças, como o surgimento de novas necessidades, e fortalecimento ou enfraquecimento de determinadas profissões.

Esse processo de mudança pode ser observado na Revolução Francesa, onde as corporações de ofício não resistiram, como é observado por Camino:

as corporações de ofício medievais alcançaram grande poder, mas acabaram por sucumbir pelas lutas intestinas que acabaram por enfraquecê-las. O golpe fatal veio com a Revolução Francesa de 1789. O ideário de liberdade individual, levado à sua expressão máxima, mostrou-se totalmente incompatível com a existência de entes coletivos, situados entre o Estado e os indivíduos. Não se admitia a submissão dos interesses individuais a interesses grupais, coletivos.(CAMINO, 2004, p. 30).

Na formação histórica do trabalho, a Revolução Industrial do século XVIII e a busca por garantir a preservação da dignidade humana, deram nova forma ao processo de produção de bens na Europa e nos demais continentes, nas suas devidas proporções, a necessidade por dotar a ordem jurídica de uma disciplina para reger as relações individuais e coletivas iniciou um processo de mudanças (NASCIMENTO, 2007).

O surgimento de novas tecnologias propiciou as condições ideais para a expansão da

Revolução Industrial, bem como o crescimento das cidades, como é apresentado por Vecchi:

a invenção de novas tecnologias, o uso da energia a vapor para os maquinismos, o crescimento das cidades, a consolidação das unidades nacionais (processo que se iniciou com o Estado moderno absolutista), o comércio interurbano e internacional, facilitado pelas comunicações e por melhores equipamentos de transporte, abriram espaço para novos mercados de consumo, facilitando o boom da primeira Revolução Industrial. (VECCHI, 2007, p. 27-28).

O capital e trabalho sofreram alterações com advento da máquina, propiciando à expansão do capitalismo, como pode observado nas palavras de Camino:

em geral, atribui-se à sucessão de fatos que desencadearam a Revolução Industrial, tendo como marco inicial a invenção da máquina a vapor, a gênese do direito do trabalho. O advento da máquina, em 1812, aperfeiçoada por James Watt, em 1848, ensejou rápido crescimento industrial e este acarretou profundas alterações na Economia e nas relações sociais, em especial entre capital e trabalho. Surgiram as grandes concentrações de operários, nasceram os primeiros centros industriais, formando terreno propício à expansão do capitalismo emergente à época dos grandes descobrimentos, favorecido pelas ideias liberais da Revolução Francesa de 1789. (CAMINO, 2004, p. 31).

As ideias de liberdade e igualdade levaram ao estabelecimento de condições de trabalho deploráveis, pois o trabalhador era muito mais fraco do que o empregador, em termos econômicos, fugindo da fome e do desemprego, aceitavam qualquer tipo de trabalho e condições muito desfavoráveis impostas pelo empregador (VECCHI, 2007).

O homem vai modificando o meio ambiente, as relações societárias e a própria sociedade, nos processos de mudança o trabalhador fica sujeito ao risco de ocorrer a desvalorização do seu trabalho, conseqüentemente cresce a pressão por redução de direitos.

Na sociedade industrial o trabalho escravo, servil e corporativo deu lugar ao trabalho assalariado, com a descoberta do vapor como fonte de energia, como é apresentado por Nascimento:

a principal causa econômica foi a Revolução industrial do século XVIII, conjunto de transformações decorrentes da descoberta do vapor como fonte de energia e da sua aplicação nas fábricas e meios de transportes. Com a expansão da indústria e do comércio, houve a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado em larga escala, do mesmo modo que a manufatura cedeu lugar à fábrica e, mais tarde, à linha de produção (NASCIMENTO, 2001, p. 38-39).

O aparecimento do trabalhador proletário, e suas péssimas condições de trabalho, submetido a jornadas desgastantes, sem uma mínima possibilidade de desenvolvimento intelectual, exposto a marginalizado no trabalho, na visão de Nascimento:

o proletário é um trabalhador que presta serviços em jornadas que variam de 14 a 16 horas, não tem oportunidades de desenvolvimento intelectual, habita em condições subumanas, em geral nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo (NASCIMENTO, 2007, p. 13).

O ideal liberal enfrenta resistência, os trabalhadores tomam consciência das condições desfavoráveis em que se encontram, como pode ser percebido por motivos expostos por Vecchi:

ocorre que, com o passar do tempo, o ideal liberal passou a ser contestado diante das desigualdades fáticas que tal regime político, econômico e jurídico gerava, pois a igualdade formal e a liberdade de manifestação de vontade apenas acabaram por servir para fortalecer aqueles que tinham poder na sociedade (econômico, social ou de outras formas), ou seja, a burguesia, vilipendiando a própria dignidade humana dos mais fracos, dos trabalhadores (VECCHI, 2007, p. 30).

CONDIÇÕES DE TRABALHO

Os trabalhadores sentem a necessidade de melhorar as condições de trabalho, fazem reivindicações, o direito de associação e os sindicatos são tolerados pelo Estado, vale lembrar que ocorre o fortalecimento do contrato de trabalho, como é percebido nas palavras de Nascimento:

os trabalhadores reivindicaram, através dos sindicatos que os representaram e na medida em que o direito de associação passou a ser tolerado pelo Estado, um direito que os protegesse, em especial o reconhecimento do direito de união, do qual resultou o sindicalismo; o direito de contratação, que se desenvolveu em dois âmbitos, o coletivo, com as convenções coletivas de trabalho, e o individual, com a ideia do contrato de trabalho; e o direito a uma legislação em condições de coibir os abusos do empregador e preservar a dignidade do homem no trabalho, ao contrário do que ocorria com o proletariado exposto a jornadas diárias excessivas, salários infames, exploração dos menores e mulheres e desproteção total diante de acidentes no trabalho e riscos sociais como a doença, o desemprego[...] (NASCIMENTO, 2001, p. 39.).

A visão que existia do trabalho sofre modificação, o trabalhador começou a conquistar direitos, a organização dos trabalhadores com o movimento sindical mostrou que a visão do liberalismo individualista era equivocada, pois conferia validade social ao coletivo empresarial, mas negava maior ação do trabalhador individual, assim os movimentos sindicais e políticos vinculados ao segmento assalariado urbano em um processo de luta, organização e representação conquistaram direitos, uma resposta do Estado para essa vontade coletiva do mais fraco para o mais forte (DELGADO, 2010).

O surgimento do Estado Social e a melhoria das condições sociais nas palavras de Leite:

surge, então, o chamado Estado Social, que é compelido a adotar políticas públicas destinadas à melhoria das condições de vida dos mais pobres, especialmente da classe trabalhadora, como forma de compensar as desigualdades originadas pelos novos modos de produção. São características do Estado Social, o constitucionalismo social (México, 1917, e Alemanha, 1919), a função social da propriedade, a participação política dos trabalhadores na elaboração da ordem jurídica e o intervencionismo (dirigismo) estatal na economia mediante prestações positivas (status positivus) por meio de leis que criam direitos sociais. O Estado Social visa ao estabelecimento da igualdade substancial (real) entre as pessoas, por meio de positivação de direitos sociais mínimos (piso vital mínimo ou mínimo existencial) (LEITE, 2009, p. 36).

O fim da I Guerra é citado como um marco do nascimento do direito do trabalho e fenômeno da universalização do direito do trabalho, como é demonstrado por Camino:

sem embargos, o fim da I Grande Guerra deve ser mantido como marco do nascimento do direito do trabalho enquanto ramo autônomo da ciência jurídica, porque foi a partir de então que se verificou o fenômeno da sua universalização.[...] A constitucionalização do direito do trabalho se generalizou, desencadeando intensa atividade legislativa de tutela do trabalho. A Organização Internacional do Trabalho – OIT passou a ter função de alta relevância, assim reconhecida por João XXIII, em sua Encíclica Mater et Magistra, em 1961 (CAMINO, 2004, p. 34-35)..

Como referências importantes na evolução da valorização do trabalho humano Nasci-

mento indica a Constituição do México (1917), denominada de constitucionalismo social, propondo inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos constitucionais, ainda a Constituição de Weimar (1919), considerado a base das novas democracias sociais, incluindo a Carta del Lavoro (1927), da Itália, documento com diretrizes de ordem política e trabalhista centralizada, com forte interferência do Estado (NASCIMENTO, 2007).

Atualmente as relações de trabalho contam com uma proteção maior, mas existem desafios novos, a ameaça de perda do emprego é real, novas tecnologias, como a robótica e a informatização são apontadas como relevantes para o crescente desemprego, como é demonstrado por Nascimento:

assistimos às transformações do mundo das relações de trabalho numa sociedade que produz mais com pouca mão-de-obra. A tecnologia mostrou o seu lado cruel: a substituição do trabalho humano pelo software; a desnecessidade, cada vez maior, de um quadro numeroso de empregados para obter os mesmos resultados com redução da demanda de trabalhadores entre 25% e 35% da força de trabalho; a informatização e a robótica como principais fatores do crescimento da produtividade; o aumento do desemprego e do subemprego em escala mundial; o avanço da sociedade de serviços maior do que a sociedade industrial; novas profissões; sofisticados meios de trabalho, uma realidade bem diferente daquela na qual o direito do trabalho nasceu (NASCIMENTO, 2001, p. 43).

O processo de valorização do trabalho humano é lento e gradual, depende de união, de luta, é uma busca coletiva, que com a união de muitos vai conquistando direitos, o mercado de trabalho é cada vez mais competitivo, em alguns momentos direitos são reduzidos e outros ampliados, nesse processo criativo o trabalhador conquista um ambiente de trabalho mais digno.

Atualmente o homem com todo o progresso científico, ainda enfrenta o velho problema da pobreza, a falta de oportunidade e a segregação, como é demonstrado por Camino:

nesse contexto, emerge um direito do trabalho em crise, diante da feroz concorrência no mercado internacional sem atentar às profundas desigualdades históricas, filosóficas, culturais e econômicas dos povos; da crescente automação das empresas, responsável pela dispensa massiva de milhões de trabalhadores, sem perspectivas de reaproveitamento; da complexidade dos processos de produção, a afastar, do mercado de trabalho, enorme contingente de trabalhadores sem qualificação profissional e sem meios de obtê-la; do capital produtivo cativo do capital financeiro, especulativo; do desemprego estrutural, como uma resultante de todos esses processos, a espalhar o seu sinistro espectro, inclusive, sobre as nações mais ricas (CAMINO, 2004, p. 36-37).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Novas formas de trabalho vão surgindo e outras desaparecendo, os desejos dos trabalhadores vão se alternando, numa busca constante por melhores condições de trabalho e conseqüentemente de vida. Atualmente existe uma pressão por redução da jornada de trabalho, o processo de valorização do trabalho humano é um processo contínuo e muitas vezes lento, ocorrem mudanças na sociedade e no meio ambiente de trabalho. Historicamente este processo é contínuo com avanços e retrocessos, onde as forças são exercidas e tendem a um ponto de equilíbrio, pois ambos necessitam um do outro.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Rosemeri Pedrotti. As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

CAMINO, Carmem. Direito individual do trabalho. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascavo. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascavo. Iniciação ao direito do trabalho. 27. ed. São Paulo: Ltr, 2001.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio Moral. São Paulo: Saraiva, 2009.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional. 2. ed. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2007.

Compliance empresarial e responsabilidade social

Alan Ricardo Antão Bezerra

Mestrando no Programa de Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Uniderp. Especialista em Processo Civil pela URCA.



RESUMO

Este estudo teve o objetivo de abordar o compliance empresarial e a responsabilidade social. Para isso, faz uso da pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa. Com o resultado da pesquisa foi possível concluir que o compliance atua com ferramentas, como a auditoria interna e controle interno, que visam trazer benefícios para a organização, efetuando e impactando em várias áreas da empresa, como a comunicação, normas e monitoramento atingindo a modernização da gestão e a responsabilidade social.

Palavras-chave: compliance. empresas. responsabilidade social.

ABSTRACT

This study aimed to address corporate compliance and social responsibility. For this, it makes use of bibliographical research, with a qualitative approach. With the result of the survey, it was possible to conclude that compliance works with tools, such as internal audit and internal control, which aim to bring benefits to the organization, effecting and impacting in various areas of the company, such as communication, standards and monitoring, achieving modernization management and social responsibility.

Keywords: compliance. companies. social responsibility.

INTRODUÇÃO

As organizações estão sempre em modificações e transformações tomando influência das atitudes de seus gestores, colaboradores, clientes, mercado e fornecedores. As necessidades das pessoas o que é muito importante, levam as organizações a apontarem a conceitos e novos padrões para atender tais necessidades. O controle da gestão pública torna-se essencial com o avanço tecnológico, conscientização da população que passa a cobrar mais, cobrar a qualidade e eficiência de tal controle dos gastos públicos e demais informações.

Viver é um desafio e a cada ano que passa se torna mais difícil, exigindo disposição para as transformações e novidades e tudo isso de forma ágil. O mundo empresarial não seria diferente. Aborda além de tais tópicos, a complexidade, competitividade, colaboradores motivados e líderes, além de conformidades previstas em leis.

O processo de modernização exige que a gestão da empresa seja atualizada, com o aumento da importância dos serviços fornecidos, seja eficiente, para tanto, verificou-se que se deve aderir às propostas de adaptação e flexibilização advindas da modernidade, muitos foram os progressos das organizações até o que se conhece e por isso modernizou-se também os novos métodos de aplicação de administração e gestão.

Observa-se as mudanças sociais, econômicas, tecnológicas e políticas em velocidade alta e em constantes variações forçando as organizações a se transformarem adaptando suas estratégias empresariais. No decorrer das últimas décadas, observou-se um esforço das grandes empresas no modo competitivo.

Assim elas deixaram de viver em um ambiente relativamente estável e controlado para

serem introduzidas a um mercado repleto de mudanças, onde o ambiente é incerto, imprevisível e incontrolável. Durante este período foram observadas tendências onde exigem da organização uma nova roupagem, como aspectos de informação, tecnologia, redefinição de estratégias, relacionamento com clientes, e vários outros modelos e técnicas.

As organizações se tornaram então mais atentas e ágeis a essas mudanças para que assim possam atender as exigências do mercado atual, sendo proativas as mudanças e quebrando barreiras que antes eram impostas as mudanças

Com a abertura da economia no Brasil e a atualização global constante – iniciada na década de 90, as organizações se depararam com uma nova forma de atuação perante o mercado, sendo essa nova atuação quase que obrigatória ou caso contrário se corria o risco de estagnação ou falência, implantando métodos de gestão administrativa que alinhasse o momento que a empresa estivesse passando, gerando valor tanto aos acionistas/sócios quanto também aos investidores e pessoas ligadas interna e externamente.

Dessa forma, surgiu a Governança Corporativa – GC, das organizações tendo o foco no auxílio das empresas nacionais a se reestruturar diante o novo mercado: competitivo e em constante mudanças. A Governança Corporativa, é um método que as organizações são auxiliadas, dirigidas, monitoradas e incentivadas, abrangendo relacionamento entre os proprietários, diretoria, membros do conselho administrativo e órgãos de controle, além de responsabilidade social, métodos de compliance e outros. A mesma, ainda pode ser compreendida como um conjunto de normativas e regras, regulamentos e políticas adotadas pela organização.

Quando a empresa começa a crescer, é de grande valia a implantação do sistema de Governança Corporativa, isso porque com a expansão do empreendimento, seus fluxos e processos vão se tornando mais complexos. Assim, para que se tenha um controle maior dos processos e que a empresa não cometa atos ilícitos, a aplicabilidade da Governança Corporativa se faz muito eficaz, tendo a transparência como um dos principais princípios da estratégia organizacional.

Com isso, este estudo tem o objetivo de abordar o compliance empresarial e a responsabilidade social. Para isso, faz uso da pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa.

CONCEITOS SOBRE O COMPLIANCE

Compliance cujo termo diz respeito a observância das regras por parte da organização, derivada do verbo “to comply” que significa obediência, cumprimento, agir de acordo. Assim, quando uma empresa está em compliance, quer dizer que a mesma respeita as normas que regulamentam a ação, incluindo normas externas, leis, regulamentações e outras normas oficiais, como regimento interno (BARCELOS, *et al.*, 2020).

Diante as operações de desmantelamento de esquemas fraudulentos, o termo compliance se tornou mais presente no vocabulário dos empresários e dentro das organizações. A difusão do termo criou base diante a promulgação da Lei nº 12.846/13 conhecida como a Lei Anticorrupção e sua regulamentação pelo Decreto nº 8.420/15. Assim, o compliance traz a conformidade com as leis, padrões éticos, regulamentos internos e externos, cuja função é a redução dos riscos servindo ainda como guia de comportamento para as organizações diante do mercado em que

atuam. Assim, Manzi (2018) traz o compliance, é um termo para o controle interno que esclarece e proporciona uma segurança a mais daqueles que utilizam análises econômicas-financeiras.

Logo, definir o compliance é obter um padrão básico de negócios, com ações práticas voltadas a garantia das relações técnicas, éticas, responsáveis, transparentes entre as empresas (BARCELOS, *et al.*, 2020).

A tônica brasileira, é sempre remediar e não buscar métodos de prevenção. Desta forma, o compliance busca caminhos baseados na prevenção, com programas de conformidade, possui o papel da criação de mecanismos evitando problemas maiores no futuro (CANDELORO, 2018).

Logo, o termo associa-se a função de cumprimento de normas evitando todas as situações que enfraqueçam a empresa no mercado, estabelecendo uma imagem para os clientes, consumidores, mercado, concorrência, fornecedores, stakeholders e outros o comprometimento e a seguridade de uma empresa confiável (MANZI, 2018).

O compliance emergiu na virada do século XX, com a criação do Banco Central dos Estados Unidos, de forma que seria um local financeiro mais flexível, seguro e estável. Na década de 70, os Estados Unidos, criou uma lei anticorrupção transnacional, a FCPA – Foreign Corrupt Practices Act, que endureceu as penas para as empresas americanas envolvidas em corrupção no exterior (COIMBRA e MANZI, 2020).

Assim, posteriormente após escândalos de corrupção de diversas empresas se iniciaram de forma espontânea, a adoção de práticas de compliance ficou mais evidente e sendo ainda bem aceita. No Brasil, a Associação Brasileira de Bancos Internacionais – ABBI, em 1992 tomou destaque com a abertura do mercado. Nessa mesma época, iniciou-se a adequação aos padrões éticos e de combate a corrupção, sendo necessário para evitar a crescente competitividade entre as empresas transnacionais (BARCELOS, *et al.*, 2020).

De uma forma em geral, o compliance agrega através de etapas, iniciando através de códigos de conduta com linguagem de fácil compreensão e acessibilidade; disseminação para os funcionários diante a importância dos padrões determinados no código de conduta; por meio de canais internos de denúncias o relato de atividades em desconformidade com os preceitos da empresa; deixando claro ainda as práticas imorais e a negação diante tais atos bem como a punição e por meio ainda de métodos de controle interno, com revisões periódicas de análises jurídicas (CANDELORO, 2018).

CONTROLES E AUDITORIAS INTERNAS

O controle interno é todo aquele realizado pela entidade ou órgãos responsáveis pela atividade controlada, no âmbito da própria Administração. Assim, qualquer controle efetivado pelo Executivo sobre seus serviços ou agentes é considerado interno, como interno será também o controle do Legislativo ou do Judiciário, por seus órgãos de administração, sobre seu pessoal e os atos administrativos que pratique (COIMBRA e MANZI, 2020).

Quando não se tem um controle interno implementado em um órgão, resulta na possibilidade de diversas irregularidades, fazendo com que os gestores façam um mau gerenciamento do dinheiro público resultando no aumento dos riscos de fraudes e anomalias (HAMES, 2016).

O controle interno é essencial para efeito de todo o trabalho de auditoria e, assim, a existência de um satisfatório sistema de controle interno reduz a possibilidade de erros e irregularidades. Essa indicação está incorporada nas normas de auditoria e reforça a importância do estudo e da avaliação do sistema de controle das empresas, pelo auditor, com base na determinação da natureza, extensão e oportunidade dos exames a serem aplicados (HAMES, 2016)

Em relação as atribuições do controle interno, Souza (2016) relata que o Controle Interno tem a missão de controlar a coisa, de zelar pela coisa, e de interferir sempre que houver irregularidade não corrigida. Na avaliação do sistema de Controle Interno, os membros responsáveis devem analisar as fraquezas ou a falta de controle, que possibilitam a existência de erros ou irregularidades. É certo afirmar que um dos primordiais objetivos dos controles internos, não é só de fiscalizar, é de também possibilitar segurança nas tomadas de decisões ao gestor.

Sendo assim, Oliveira e D'Ávila (2018), assegura que o objetivo do controle interno é verificar e assegurar os cumprimentos, às políticas e normas da companhia, incluindo o código de ética nas relações comerciais e profissionais; obter informações adequadas, confiáveis, de qualidade e em tempo hábil, que sejam realmente úteis para as tomadas de decisões; prevenir erros e fraudes. Em caso de ocorrência dos mesmos, possibilitar a descoberta o mais rápido possível. Determinar sua extensão e atribuições de corretas responsabilidades; registrar adequadamente as diversas operações, de modo a assegurar a eficiente utilização dos recursos da empresa; assegurar o processamento correto das transações da empresa. Bem como a efetiva autorização de todos os gastos incorridos no período.

Já para Castro (2018) enfatiza que o objetivo do controle interno é funcionar, simultaneamente, como um mecanismo de auxílio para o administrador e como instrumento de proteção e defesa do cidadão. O controle garante que os objetivos da organização serão alcançados e que as ações serão conduzidas de forma econômica, eficiente e eficaz. O resultado disto é uma verdadeira salvaguarda dos recursos públicos contra o desperdício, o abuso, os erros, as fraudes e as irregularidade, aliado e sendo um dos objetivos do compliance.

Assim, o controle, em tema de administração pública e direito, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro, que na percepção de Cavalheiro; Flores (2017); o sistema de controle interno consiste em servir de auxílio para o gestor na busca de sua missão, colocando os serviços públicos à disposição da comunidade, tendo em vista a necessidade de conhecimento daquilo que ocorre no Município, não com conhecimento empírico (baseado somente na experiência – quando existe – e sem nenhum conhecimento científico), mas, sim, voltado para técnicas modernas de administração (planejamento e gestão).

Antes de ser meio de fiscalização, os controles internos têm cunho preventivo, pois oferecem ao gestor público a tranquilidade de estar informado da legalidade dos atos de administração que estão sendo praticados, da viabilidade ou não do cumprimento das diretrizes e metas estabelecidas, possibilitando a correção de desvios ou rumos da sua administração. Em síntese, os controles internos dão a possibilidade de exercer, realmente, a função de gestor de negócios (BARCELOS, *et al.*, 2020).

Um entendimento diferente é ofertado por Cook e Winkle (2019), onde definem o controle interno, como sendo um sistema da empresa, constituído de seu plano de organização,

atribuição de deveres e responsabilidades, projetos de contas e relatórios e todas as medidas e métodos empregados.

É também princípio de controle interno aquele que estabelece que o trabalho administrado será racionalizado mediante simplificação de processo e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais, ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco. (SILVA, 2020)

Controle interno no dizer de Nogueira (2018) é com a visibilidade ao cumprimento do princípio da legalidade, à observância dos preceitos da "boa administração", a estimular a ação dos órgãos, a verificar a conveniência e a oportunidade de medidas e decisões no atendimento do interesse público, a verificar a proporção custo-benefício na realização das atividades e a verificar a eficácia de medidas na solução de problemas.

Imoniana (2020, p. 95) em definição dada pelo Comitê de Procedimentos de Auditoria do Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados (AICPA), cita que "o Controle Interno compreende o plano de organização e o conjunto coordenado de todos os métodos e medidas adotados na empresa para salvaguardar seus ativos, verificar a exatidão e a veracidade das informações contábeis, promover a eficiência das operações e fomentar maior adesão às políticas prescritas pela gerência".

Seguindo o mesmo raciocínio do que foi citado por Imoniana, a resolução 03/2018 do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul em seu artigo 2º, destacou o controle interno como, o Controle Interno compreende o conjunto de atividades e procedimentos de controle incidentes sobre os processos de trabalho da organização com o objetivo de diminuir os riscos e alcançar os objetivos da entidade, presentes em todos os níveis e em todas as funções e executados por todo o corpo funcional da organização.

Assim o autor Attie (2018), descreve que de uma maneira geral as que características do controle interno compreendem, no Plano de organização" – plano simples que se deve prestar ao estabelecimento de linhas claras de autoridade e responsabilidade. Um elemento importante em qualquer plano de organização é a independência estrutural das funções de operações, custódia, contabilidade e auditoria (segregação de funções).

Entende-se por segregações de funções a separação das atividades de execução das de controle em atendimento ao lema "quem faz não controla". Assim, ninguém pode ter o controle completo de uma transação, sob pena de causar vulnerabilidade no sistema. A independência estrutural requer uma separação de funções de tal forma que os registros existentes, fora de cada departamento sirvam como controle das atividades, dentro do departamento (ATTIE, 2018).

Seguindo essa linha de raciocínio, O Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO), conforme destacado por Simmons (2017), elaborou, em 1992, um estudo publicado com o título Internal Control – Integrated

Framework, cujo relatório descreve controle interno como um processo efetuado pelo conselho de administração, gerentes e outros funcionários, com o intuito de garantir razoável segurança do cumprimento dos objetivos. De acordo com o estudo, todas as empresas de pequeno, médio e grande porte podem ter controles internos efetivos.

No que tange a avaliação dos controles internos, tem como finalidade primordial a crítica

sobre os procedimentos adotados e os controles exercidos, visando sempre a concluir sobre sua eficácia e considerando o objetivo apresentado. No que se diz respeito a avaliação do controle interno e suas etapas, compreende-se:

a) o levantamento geral do sistema - seu objetivo é obter informação a respeito de como o sistema funciona, sendo alcançado perante uma discussão com as pessoas envolvidas com o controle.

b) a avaliação propriamente dita do sistema - após ser analisado e documentado o sistema de controle interno, deve ser feita a avaliação que dê credibilidade ao administrador sobre o funcionamento do setor fiscal da empresa.

c) a realização dos testes de observância - a última etapa do processo de revisão e avaliação do sistema de controle interno é a realização dos testes de cumprimento (JUND, 2017, p.237)

O processo de auditoria é um importante método para revelar a eficiência e eficácia do atendimento prestado. Para saber se o que está sendo feito está tendo um bom resultado ou não, e o que é possível fazer para poder corrigir os erros. Mesmo em um serviço bem feito, sempre podem haver pontos a melhorarem aprimorar, com sugestões vindas do processo de auditoria (CANDELORO, 2018).

A auditoria não possui exclusividade em apontar falhas ou eventuais problemas e sim trazer melhorias, sugestões e soluções, com o objetivo de reestruturar os profissionais envolvidos na assistência da área atuante (COIMBRA e MANZI, 2020).

RESPONSABILIDADE SOCIAL E COMPLIANCE

A responsabilidade social dentro das organizações provém no âmbito de abordar todas as esferas da sociedade, ampliando as pressões e as exigências diante as atuações pautadas na perspectiva do desenvolvimento mais integro e responsável. A responsabilidade social liga-se com as questões éticas na qual possui fundamentos na filosofia que estuda e compreende, explicando as realidades que se manifesta do ser humano no mundo através da axiologia com estudo nos valores humano entendido por juízos morais (COIMBRA e MANZI, 2020).

Para Nalini (2017, p. 312) cita que a “Ética é a ciência normativa dos comportamentos humanos”. A ética empresarial possui um entendimento mais restrito onde aborda somente as relações empresariais no campo de ação abordando os colaboradores, clientes, público, concorrentes, comunidades e etc.

A ética empresarial é norteadada por princípios jurídicos de ordem legal e por princípios de boa convivência social em conformidade com valores da organização onde dizem as responsabilidades individuais de seus integrantes e aos valores sociais que condizem a cultura social da empresa que se está inserida. (BARCELOS *et al.*, 2020).

A ética reflete muito no comportamento humano que age tomando por base os valores onde no âmbito empresarial leva em consideração os valores da organização, porém não há como dissociar os valores dos indivíduos em vida social e intelectual como a ação empresarial. Atualmente os valores das empresas compõe os princípios éticos onde as companhias devem se pautar tornando-se essenciais para que possam nortear as metas dos colaboradores deixando clara a vocação das empresas para respeitar e beneficiar a todos (CANDELORO, 2018).

A disseminação dos valores éticos nas empresas é feita por programas de compliance que tomam desde a edição de códigos de conduta e políticas internas e até comitês de ética, canais de comunicação, treinamentos, investigações e etc. Tais mecanismos são eficazes na implantação e disseminação dos padrões de ética e conduta organizacional. (CUSTODIO, 2017).

A moral então não somente traz essa orientação dos indivíduos em sociedade, como também a sociedade se apropria de regras morais para julgar os indivíduos, aprovando ou não suas ações. Esse julgamento parte dos imperativos morais. A norma moral determina que o homem deve seguir a conduta para seu aperfeiçoamento como humano entre as possibilidades de conduta de si mesmo (COURA E PAULA, 2018).

As características das normas morais e éticas, são fundadas na esfera íntima do ser humano, visando o bem comum individual, aperfeiçoando o ser humano e sua individualidade, dotando de unilateralidade e prescrevendo um comportamento sem prescrever coação (NETO, 2020).

A própria norma jurídica autoriza que o indivíduo lesionado acione o poder público para que este valha-se de toda a força diante asseguar a sua observação. As regras morais não possuem essa distinção. Logo, ninguém pode acionar ou poder o poder judiciário para exigir que um indivíduo conceda esmola a um pedinte por exemplo (NALINI, 2017).

É possível que haja a menção entre o direito e a moral sem ocorrer a teoria do mínimo ético, defendida por grandes estudiosos e doutrinadores do âmbito do direito. Essa teoria determina o direito como uma parte da moral, assim os valores jurídicos seriam antes de tudo um valor moral (SILVA FILHO e CALDAS, 2017).

Assim o compliance só se faz válido e útil, quando aliado aos canais de comunicação, denúncias e no qual traz em vigor a ética e a responsabilidade da empresa em questão, aliando as responsabilidades sociais, morais e éticas da empresa para com a sociedade e colaboradores, além de todos aqueles envolvidos (CANDELORO, 2018).

Assim, não obstante aos impactos econômicos, os estudos mediante a corrupção, fraudes e atos ilícitos que vão ao encontro da responsabilidade moral ética, social e do próprio direito, perpassa pela primazia humana, visto que o indivíduo sabe que fora do contexto organizacional, existe em todos os âmbitos as questões sociais e de responsabilidade que infringem as regras de convivência humana, ainda mais em abster-se daquilo que não lhe pertence ou ainda infringir condutas éticas e morais em virtude do seu próprio ego (DAMÁSIO, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, é compreensível que o sistema de compliance é a área do direito que visa em conformidade com as demais áreas administrativas e contábeis da empresa ou órgão disposto em tal, a atuar mediante as fraudes, atos ilícitos e demais eventualidades na qual são elencadas em atos irregulares inconsistentes e contramão dos princípios tanto ético e moral da empresa, quanto em um modo geral social e humano.

O compliance atua com ferramentas, como a auditoria interna e controle interno, que visam trazer benefícios para a organização, efetuando e impactando em várias áreas da empresa,

como a comunicação, normas e monitoramento atingindo a modernização da gestão.

REFERÊNCIAS

- ATTIE, W. Auditoria Conceitos e Aplicações. 3º Ed. São Paulo: Atlas. 2018.
- BANDEIRA, R.P. O Instrumento de Auditoria Interna. Curitiba. Enferm. Rebes,. 2015.
- BARCELOS, A.P.; SILVA, E.M.; SIMON, T.A; CAMPANA, L.F. As Questoes de Responsabilidade Social Corporativa na Cadeia de Suprimentos: uma revisão da literatura.. Journal of Open Research, 1(1), e2. 2020. Recuperado de <https://stellata.com.br/journals/jor/article/view/2>
- BRASIL. Lei nº 12.846 de 1º de Agosto de 2013. Disponível em: L12846 (planalto.gov.br). acesso em nov. 2021.
- CANDELORO, A.P.P. Compliance 360º: riscos, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2018.
- CASTRO, D. Auditoria, Contabilidade e Controle Interno no Setor Público, 7ª edição, Ed. Atlas. 2018
- CAVALHEIRO, J. B.; FLORES, P. C. A Organização do Sistema de Controle Interno Municipal. 4ª ed. Porto Alegre: CRC –RS, 2017.
- COIMBRA, M.A; MANZI, V.A. Manual de Compliance. São Paulo: Editora Atlas, 2020.
- COOK, J.W. e WINKLE G.M. Auditoria: Filosofia e Técnica, Editora Saraiva, 1º edição, 2019.
- COURA, A.C.; PAULA, Q.C. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte: UFMG, n. 116, jan./jun. 2018, p.63- 112.
- CUSTÓDIO, M. Compliance tributário: as novas tecnologias a favor das empresas. 2017. Disponível em: <http://www.incorporativa.com.br/mostranews.php?id=8660> Acesso em nov. 2021.
- DAMÁSIO, A. Em busca de Espinoza: prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo: CIA das Letras, 2003.
- HAMES, G. A importância da auditoria interna no processo decisório das organizações: Uma revisão de literatura. Ciências Contábeis. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.
- IMONIANA, J.O. Auditoria: abordagem contemporânea. Itapetininga, Associação de Ensino de Itapetininga. 2020
- JUND, S.L. Auditoria, conceitos, normas, técnicas e procedimentos. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.
- MANZI, V.A. Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas. Ed. SaintPaul, 2018.
- NALINI, J.R. Ética Geral e Profissional. 4ª ed. São Paulo: RT, 2017.
- NETO, A.M.F. Metaética e Fundamentação do Direito. 2º ed. São Paulo: Almedina, 2020.

NOGUEIRA, J.A.S.C.; PIRES, M.C.S. Controle da Administração Pública e Tendências à Luz do Estado Democrático de Direito. Revista do Tribunal de Contas. Edição Nº 02 de 2018.

OLIVEIRA, E.F.M.; D'ÁVILA, M.Z. Conceitos e técnicas de controles internos de organizações. São Paulo: Nobel, 2018.

SILVA FILHO, J.B.; CALDAS, R.C.S.G. A ética e a moral nos contratos administrativos: princípios de sustentabilidade, moralidade e boa administração pública concertada. In: Anais do II Seminário Internacional de Controle e Políticas Públicas: trabalhos científicos. Belo Horizonte: IRB, 2017.

SILVA, L.M. Contabilidade Governamental: Um Enfoque Administrativo, São Paulo, Atlas, 2020.

SIMMONS, M.R. COSO: Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission Based Auditing. Altamont Springs, Internal Auditor, Dec. 2017.

SOUZA, J.B. Controle interno municipal uma abordagem prática. Porto Alegre: Evangraf, 2016.

Vacinar crianças e adolescentes: um direito ou um dever dos pais e responsáveis?

Vaccinate children and adolescents: a right or a duty of parents and responsible?

Alex Leão de Paula Vilas-Bôas

Mestre em Bioenergia, Especialista em Direito Civil e do Consumidor, é professor da UNIVERSO – Salvador e Advogado, atuando nas áreas cível, consumerista e de saúde. Mediador Judicial pelo CNJ, desenvolve estudos jurídicos nos seguintes temas: meio ambiente, novas tendências e novos direitos, relações de consumo na área de saúde, carreiras jurídicas, responsabilidade civil e interdisciplinaridade. No plano social, é Coordenador de Projetos da ONG Doutores d'Alma, associação que atende gratuitamente a crianças e adolescentes carentes do bairro de São Cristóvão, em Salvador.



RESUMO

O presente estudo analisa a imunização de crianças a partir de cinco anos de idade, sob prisma jurídico, para identificar se a vacinação é um direito de escolha dos genitores ou um direito delas, e desenvolve esta análise partindo da Constituição da República de 1988, no que tange ao tratamento prioritário que deve ser dado às crianças e adolescentes, e, em seguida, discorre sobre o poder familiar, enquanto poder dos genitores em relação a seus filhos menores, após o que se debruça sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, descrevendo a sistemática implementada pela doutrina da proteção integral, adotando como fontes da pesquisa publicações científicas emanadas de instituições da área de saúde, inclusive a Organização Mundial da Saúde, e a legislação aplicável. Ao final, ratificando a hipótese inicial, conclui que a imunização contra a COVID-19 é um direito das crianças e adolescentes, não podendo seus genitores renunciar ou negligenciar este dever que lhes assiste.

Palavras-chave: vacinação. COVID-19. crianças.

ABSTRACT

This study analyzes the immunization of children from five years of age, from a legal point of view, to identify whether vaccination is a right of choice for the parents or their right, and develops this analysis starting from the Constitution of the Republic of 1988, in the regarding the priority treatment that should be given to children and adolescents, and then discusses family power, as the power of parents in relation to their minor children, after which it focuses on the Statute of Children and Adolescents, describing the system implemented by the doctrine of integral protection, adopting as sources of research scientific publications emanating from institutions in the health area, including the World Health Organization, and the applicable legislation. In the end, ratifying the initial hypothesis, it concludes that immunization against COVID-19 is a right of children and adolescents, and their parents cannot renounce or neglect this duty that assists them.

Keywords: Vaccination. COVID-19. Kids.

INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19, dentre as diversas marcas e transformações que já provocou na sociedade brasileira, despertou um debate que vai além da medicina e da economia, aspectos mais comumente abordados, alcançando, também, uma relevante questão jurídica no que tange à relação entre os genitores e seus filhos menores.

Até 31/01/2022, o Brasil registrou 25.454.105 casos de COVID-19, que resultaram em 627.365 mortes, considerando as diversas variantes identificadas, conforme publicação do Consórcio de Veículos de Imprensa (G1, 2022), dentre os quais estão quase 1.500 crianças com até 11 anos, além dos mais 2.400 casos da Síndrome Inflamatória Multissistêmica Pediátrica (SIM-P). (BUTANTAN, 2022).

No período em análise, ocorreu o combate à COVID-19, segundo as diretrizes estabelecidas pela Organização Mundial da Saúde – OMS e por cientistas e governos de diversas

nações, com a adoção de diversas medidas distintas, complementares entre si, que são o distanciamento social, a utilização de máscaras faciais, higienização das mãos com álcool 70° e/ou sabão, e, a vacinação. (SBPT, 2022)

A vacinação no Brasil, após os processos autorizativos junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (autarquia vinculada ao Ministério da Saúde), começou contemplando os profissionais da saúde e as pessoas com problemas de saúde que as colocassem em situação de maior risco de morte em caso de contaminação, após o que seguiu por faixa etária regressiva, até os dezoito anos completos.

Em 16/12/2021, a ANVISA aprovou a utilização da vacina desenvolvida pela Pfizer para crianças de 5 a 11 anos (ANVISA, 2021), o que acirrou ainda mais a polarização entre os grupos a favor e contra a vacinação em si. Neste embate, reverberou a necessidade de se analisar os aspectos jurídicos inerentes, para esclarecer se os genitores em pleno gozo do poder familiar possuem o direito de decidir pela vacinação de seus filhos menores ou se eles são obrigados a fazê-lo.

O desvendar da problemática proposta exige a análise da relação jurídica dos genitores e seus filhos menores sob dois primas distintos, começando o regramento estabelecido pelo Código Civil (Lei 10.406/2002) e o quanto previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), sempre à luz do que dispõe a Constituição da República de 1988, adotando hipótese a ser validada, ou refutada, que a vacinação de crianças e adolescentes contra COVID-19 é um direito destes, que não pode ser renunciado pelos seus genitores e responsáveis.

A FAMÍLIA, NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Poucos temas são tão sensíveis quanto o limite da intervenção nas questões intrafamiliares, quer seja pelo estado, quer pela sociedade, razão pela qual o legislador constituinte incluiu um capítulo exclusivo para tratar da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, capítulo que foi alterado com a Emenda Constitucional nº 65/2010 para incluir os jovens em seu alcance, e inicia o tratamento do tema afirmando sua relevância e a necessidade de sua proteção, como se observa a seguir:

CAPÍTULO VII

Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso

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

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Grifo nosso)

Assim, compreendendo a Constituição da República não apenas como uma norma, mas como um conjunto de princípios e comandos que delinearão um modelo de estado e valores a serem preservados na sociedade e pela sociedade, servindo de bússola para os governantes e para os que estão domiciliados no Brasil, o legislador cuidou, contudo, de estabelecer um limite na interferência da vida privada, como se observa, v.g., no parágrafo sétimo do art. 226 acima transcrito.

Destarte, o modelo de família estabelecido constitucionalmente, se por um lado assegura a pluralidade de formas e a intangibilidade de sua privacidade, também consagra o reconhecimento dos filhos como seres dotados de dignidade, com existência própria que não se confunde com a de seus genitores, em posição oposta à adotada no Direito Romano antigo¹, estendendo a legitimidade para a preservação da dignidade da pessoa humana dos filhos ao próprio estado e à sociedade como um todo, como se observa abaixo:

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.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Grifo nosso)

A citada possibilidade de atuação do estado ou da sociedade de forma contrária à pretendida por seus genitores e/ou responsáveis, bem como para suprir eventuais omissões, tem como escopo proteger os filhos menores de condutas pautadas em posicionamentos políticos, filosóficos ou religiosos daqueles em detrimento dos direitos destes, como se observa pelo julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo, ARE 1267879, com Repercussão Geral atribuída, nos termos da tese a seguir transcrita:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Desta forma, tendo evidenciado a possibilidade do estado determinar a obrigatoriedade da vacinação, resta completar a análise originalmente proposta, de desvendar se a inobservância deste comando é uma prerrogativa dos pais, enquanto direito decorrente do poder familiar, ou se é um dever, decorrente do reconhecimento de um direito independente ao seu e de cuja titularidade recai sobre os filhos, ainda que menores.

¹ Segundo a Lei das Doze Tábuas, o pater familias tinha vitae necisque potestas - o "poder da vida e da morte" - sobre os seus filhos, a sua esposa (nalguns casos apenas), e os seus escravos, todos os quais estavam sub manu, "sob sua mão". Para um escravo se tornar livre (alguém com status libertatis), teria que ser libertado "da mão" do pater familias, daí os termos manumissio e emancipatio. Por lei, em qualquer caso, a sua palavra era absoluta e final. Se um filho não era desejado, nos tempos da República Romana, o pater familias tinha o poder de ordenar a morte da criança por exposição. (ROMANO, 2017).

O PODER FAMILIAR NO DIREITO CIVIL

Na esteira da mudança de perspectiva implementada pela Carta Magna de 1988, que traz como eixo central a dignidade da pessoa humana, o Código Civil de 2002 inova em relação ao codex anterior, ao substituir o enfoque patrimonialista pela tônica humanista, em especial no que tange às famílias, como se observa abaixo:

Como evidencia Gustavo Tepedino, a igualdade entre os filhos, muito mais do que simplesmente proclamar a isonomia no reconhecimento de direitos patrimoniais e sucessórios, “traduz nova tábua axiológica com eficácia imediata para todo o ordenamento, cuja compreensão faz-se indispensável para a correta exegese da normativa aplicável às relações familiares”.

Essa concepção de filiação impõe uma nova arquitetura ao instituto, que passa a ser compreendido como instrumento garantidor do desenvolvimento da personalidade humana. (FARIAS, 2016, p.561) Grifo nosso.

Complementando a mudança paradigmática do direito das famílias decorrente das transformações sociais, e, sobretudo, dos valores implementados pela Constituição da República, o então Pátrio Poder, oriundo do Direito Romano e ainda presente no direito brasileiro através do Código Civil de 1916, é convertido em Poder Familiar, como leciona Maria Helena Diniz:

O poder familiar consiste num conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos. (DINIZ, 2012, p. 1.197)

Normativamente, o Código Civil vigente cuidou de positivizar o Poder Familiar no artigo 1.630 e seguintes, ressaltando a natureza do instituto enquanto um poder, que é conferido aos genitores sobre os filhos menores, como se observa a seguir:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Grifo nosso)

O Poder Familiar, como visto, constitui uma prerrogativa dos genitores em relação aos filhos menores, mas, assim como os direitos, este poder encontra limites, que quando violados

podem ensejar a sua suspensão ou extinção, com se observa a seguir:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

[...]

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Assim, observa-se, pela análise das hipóteses ensejadoras da suspensão e extinção do poder familiar, que este instituto se justifica pela função social da família, princípio do direito das famílias voltado para a construção de um ambiente saudável para o desenvolvimento de seus membros de forma digna, principalmente para os filhos menores, pelo que, deixar de promover a vacinação dos filhos menores, pode ser classificado como abandono.

OS DEVERES ESTABELECIDOS AOS GENITORES DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A peculiaridade das crianças e adolescentes, assim como ocorrido com as os idosos, requer um tratamento jurídico específico, que regule seus aspectos próprios, pelo que foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que ingressou no ordenamento brasileiro através da lei 8.069/1990.

Mais que um novo diploma legal, o ECA inovou o tratamento jurídico destinado às crianças e adolescentes, substituindo a então vigente doutrina da situação irregular, que tratava do menor carente, do menor abandonado e das diversões públicas, pela doutrina da proteção integral, como declara no caput do art. 3º, a seguir transcrito:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (ISHIDA, 2010).

A doutrina da proteção integral, embora constitua significativa mudança paradigmática de posicionamento, teve sua fonte inspiradora em tratados de Direito Internacional, como a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José, de 1969, bem como na Constituição da República de 1988, como já tratado anteriormente. (LINHARES, 2012)

Assim, e conforme determina o texto constitucional, a efetivação dos direitos previstos no estatuto in comento é dever de todos, não apenas dos seus genitores, mas também da família como um todo, da sociedade e do estado, com prioridade absoluta.

Direitos fundamentais, como os referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, são disciplinados, com foco em sua efetivação com prioridade. Da mesma forma, o ECA disciplina a convivência familiar em suas múltiplas possibilidades, mas de forma diversa da tratada pelo Código Civil.

Enquanto o Código Civil disciplina os direitos dos genitores, regulando o exercício do poder familiar, o foco do Estatuto da Criança e do Adolescente é nos menores, como se observa a seguir:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Assim, o direito à vida e à saúde das crianças e adolescentes devem ser contemplados e efetivados por políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, conforme estabelece o Art. 14 abaixo transcrito, com recorte especial para o parágrafo primeiro, que, expressamente, estabelece a obrigatoriedade da vacinação.

Art. 14. O Sistema Único de Saúde promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.

§ 1º É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.

Resta, portanto, para que se configure a vacinação contra a COVID-19 como um direito para as crianças e adolescentes, que esteja satisfeito o requisito estabelecido na parte final do citado parágrafo, que ela tenha sido recomendada pelas autoridades sanitárias, que na estrutura administrativa do Brasil é a ANVISA, que aprovou a utilização do imunizante da Pfizer em crianças a partir dos cinco anos em dezembro de 2021, e teve sua orientação incluída no Programa Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19, PNO, em janeiro de 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República de 1988 assegura a legitimidade concorrente da família, do estado e da sociedade para assegurar que os direitos das crianças e adolescentes sejam efetivados, pelo que o Supremo Tribunal Federação firmou tese de repercussão geral afirmando que o direito de vacinação destes não se subordina às convicções filosóficas ou religiosas de seus genitores.

O Código Civil vigente, ao tratar do vínculo entre os genitores e os filhos menores, aborda o tema como um direito dos genitores decidir sobre as questões que envolvem os filhos me-

nores, em decorrência do poder familiar. Contudo, o citado diploma legal estabelece limites para o exercício desse poder que pode resultar na suspensão ou extinção dele.

Deixar de imunizar os filhos que estejam sob a guarda ou responsabilidade do genitor pode ser caracterizado como abandono, o que caracteriza hipótese de extinção do poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a seu tempo, reafirma o preceito constitucional segundo o qual é dever da família, do estado e da sociedade a proteção das crianças e adolescentes e de seus direitos, com absoluta prioridade.

Em se tratando do recorte temático proposto, a imunização contra a COVID-19, uma vez que a vacinação das crianças acima de cinco anos e adolescentes foi incluída no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19, os genitores são obrigados a vacinarem seus filhos menores, e, por extensão prevista na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente, a sociedade e o estado possuem legitimidade para assegurar que elas sejam imunizadas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. Anvisa aprova vacina da Pfizer contra Covid para crianças de 5 a 11 anos. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/anvisa-aprova-vacina-da-pfizer-contracovid-para-criancas-de-5-a-11-anos>> Publicado em 16 dez 2021. Acessado em 27 jan 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. CÓDIGO CIVIL ANOTADO. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. CURSO DE DIREITO CIVIL: FAMÍLIAS. 9 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

G1. EM ALTA, MÉDIA MÓVEL DE MORTES POR COVID NO BRASIL FICA ACIMA DE 500 PELO 3º DIA. Disponível em: <<https://g1.globo.com/saude/coronavirus/noticia/2022/01/31/em-alta-media-movel-de-mortes-por-covid-fica-acima-de-500-pelo-3o-dia.ghtml>>. Publicado em: 31 jan 2022. Acessado em: 31 jan 2022.

INSTITUTO BUTANTAN. COVID-19 É A SEGUNDA CAUSA DE MORTE EM CRIANÇAS; VEJA O INFOGRÁFICO E ENTENDA A IMPORTÂNCIA DA VACINAÇÃO. Disponível em: <<https://butantan.gov.br/noticias/covid-19-e-a-segunda-causa-de-morte-em-criancas--veja-o-infografico-e-entenda-a-importancia-da-vacinacao#:~:text=As%20crian%C3%A7as%2C%20assim%20como%20os,devido%20>>

%C3%A0%20doen%C3%A7a%20no%20Brasil.%3E>. Publicado em: 20 jan 2022. Acessado em: 31 jan 2022

ISHIDA, Válter Kenji. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 12. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010.

LINHARES, Mônica Tereza Mansur. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, EDUCAÇÃO E AFETO. in ECA: efetividade e aplicação: análise sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais: construindo o saber jurídico/Thereza Christina Nahas, Jairo José Gênova, Nelson Finotti Silva, organizadores. — São Paulo: LTr, 2012. — (Coleção Univem)

Organização Mundial da Saúde - OMS. Recomendaciones provisionales sobre el uso de la vacuna BNT162b2 de Pfizer y BioNTech contra la COVID-19 en el marco de la Lista de Uso en Emergencias. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/351022/WHO-2019-nCoV-vaccines-SAGE-recommendation-BNT162b2-2021.3-spa.pdf>>

RIBEIRO, Deborah Silva de Sá. DIREITO DE FAMÍLIA: O PODER FAMILIAR E AS SUAS CAUSAS DE SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11744/Direito-de-familia-o-poder-familiar-e-as-suas-causas-de-suspensao-perda-e-extincao>>

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. PODER FAMILIAR NA ATUALIDADE BRASILEIRA. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>>

ROMANO, Rogério Tadeu. NOÇÕES GERAIS DA FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58063/noco-es-gerais-da-familia-no-direito-romano>>. Publicado em 05/2017.

SCHEER, Luciano; COPETTI NETO, Alfredo. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: UMA ANÁLISE DOS IMPASSES À CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72571>> Acessado em 02 fev 2022

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PNEUMOLOGIA E TISIOLOGIA – SBPT. Orientações da OMS para prevenção da COVID-19. Disponível em: <<https://sbpt.org.br/portal/covid-19-oms/>> Acessado em 03 fev 2022.

Processo administrativo disciplinar e o conselho tutelar

Dario Pessoa Ferraz Junior

Lattes <http://lattes.cnpq.br/1548387653904810>



RESUMO

O objetivo deste trabalho é verificar a operacionalidade do procedimento de perda do mandado de Conselheiro Tutelar através do Processo Administrativo Disciplinar (PAD). O incômodo provocado pelo trabalho do Conselheiro Tutelar torna-o alvo de diversas reclamações e queixas por parte dos usuários. Porém, poucos Conselheiros atuam de forma abusiva em suas atribuições e/ou comete atos eivados de intenções não republicanas. A pesquisa externa através de uma análise bibliográfica e jurisprudencial, dividindo-se em três momentos: o primeiro abordará a natureza jurídica da função de Conselho Tutelar, no segundo serão abordadas as diferenças entre o processo administrativo disciplinar - PAD e a sindicância e por fim debater-se-á a perda de mandado e seus procedimentos, sua prescrição e/ou decadência e amparo legal.

Palavras-chave: processo administrativo disciplinar. sindicância. conselheiro tutelar.

ABSTRACT

The objective of this work is to verify the operationality of the procedure for the loss of the Guardianship Adviser's warrant through the Administrative Disciplinary Process (PAD). The inconvenience caused by the work of the Guardian Adviser makes him the target of several complaints and complaints by users. However, few Councilors act abusively in their attributions and/or commit acts devoid of non-republican intentions. The external research through a bibliographic and jurisprudential analysis, divided into three stages: the first will address the legal nature of the Guardianship Council function, the second will address the differences between the administrative disciplinary process - PAD and the inquiry and finally debate - the loss of the warrant and its procedures, its prescription and/or statute of limitations and legal protection will be lost.

Keywords: administrative disciplinary process. inquiry. guardianship counselor.

INTRODUÇÃO

A sociedade tem em sua Carta Magna a relevante construção de direitos fundamentais e que está agregada a essência dos direitos humanos. Em seu Art. 227 aborda o destaque da defesa aos direitos da criança e do adolescente através de uma personagem importante para ser guardião da legislação vigente à criança e ao adolescente. Ante este dispositivo surge o personagem do Conselheiro Tutelar que é apontado pelo Estatuto da

Criança e do Adolescente, como personagem responsável pelo cumprimento e pela aplicabilidade das garantias e direitos da criança e do adolescente através de institutos expressos no referido diploma.

A luz do Artigo 136 da Lei 8.069/90, a função do Conselheiro Tutelar é de atender crianças e adolescentes ante as situações de violação de direitos além de aconselhar, orientar e encaminhar os pais ou responsáveis dessas vítimas. (BRASIL, 1990).

Os comportamentos dos Conselheiros Tutelares, em todo o Brasil são sujeitos a diversos questionamentos, reflexões e manifestações positivas e negativas, entretanto, a problemática

para esta pesquisa visa responder o seguinte questionamento: como se discorre o processo administrativo disciplinar quando na ocorrência de ações incompatíveis à função do Conselheiro Tutelar?

Neste sentido, e para melhorar a justificativa deste trabalho se encontra favorável verificar a operacionalidade do processo que condicionará a perda do mandato de Conselheiro. Já que, diante todo processo para efetivação do cargo existe um processo e este requer conhecimentos dos candidatos para o exercício do seu labor, não justificando desconhecimentos da legislação vigente.

As pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais que foram utilizadas para o desenvolvimento dos discernimentos desta obra trazem reflexões sobre ações do Conselheiro que é contraditória ao combate da vulnerabilidade à criança e ao adolescente. Entretanto embora não se tenha a consolidação sobre a violação à legislação aos direitos e deveres da criança e do adolescente, se pode identificar que existem lacunas na limitação destes agentes públicos, onde se discorre posicionamentos e manifestações da necessidade de subtrair o Conselheiro de suas funções.

Partindo dos pressupostos apresentados, o que se apresentará a seguir é um conjunto de perspectivas, tal como doutrinas que apontam o Princípio do Devido Processo Legal, Princípio do Contraditório e a Ampla Defesa.

NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO DE CONSELHO TUTELAR

A Carta Magna do Brasil de 1988 prioriza a atuação e defesa dos direitos fundamentais. Especificamente a importância da defesa do cidadão em formação, criança e adolescente, para a nação. Nos Artigos 7, 30 e 227 da Constituição alavanca os direitos fundamentais.

Art. 7. A criança e o adolescente têm o direito a proteção à vida e a saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio harmonioso, em condições dignas de existência (BRASIL, 1988, p. 26).

Art. 30. Compete aos municípios: inciso VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da união e do estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental. (BRASIL, 1988, p. 38)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988, p. 91)

Contudo, e reforçando ampliar e efetivar a aplicabilidade destes direitos e garantias, a Lei 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, nos dá a origem da figura do Conselho Tutelar que no seu Artigo 131 in verbis:

Art. 131. O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei (Grifo Nosso, BRASIL, 1990, p. 974).

O Conselho Tutelar surge com a perspectiva de proteção e defesa à criança e adolescente, tendo como ponto central, a construção e a operacionalidade da rede de proteção dos direitos da criança e do adolescente, como um órgão autônomo da administração pública, porém

sem a função jurisdicional.

O Conselho Tutelar deve ser criado através de Lei Municipal, onde será, através da doutrina do Estatuto da Criança e do Adolescente implantado, onde de forma definitiva se integrará, ao rol das instituições municipais. Uma vez criado e implantado não pode ser extinto graças a sua condição de proteção aos direitos e garantias as crianças e aos adolescentes, que fazem parte do pensamento dos Direitos Humanos que deve ser contínua, ininterrupta, autônoma, com independência funcional.

Aduz Liberati (2003), e deixando claro que, não cabe o colegiado do Conselho Tutelar, analisar e julgar os conflitos de interesses de forma não-jurisdicional, esta é competência própria do Poder Judiciário. Porém as ações do Conselho Tutelar são passíveis de fiscalização pelos órgãos responsáveis como o Ministério Público e as Varas de Justiça da Infância e Juventude.

Vale ressaltar que no que toca a natureza jurídica do funcionário, que é eletivo para o Conselheiro Tutelar, se pode observar que os serviços prestados por estes servidores têm a natureza pública, porque advém de órgão público municipal. Isso por que com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente que criou a instituição Conselho Tutelar, também criou a figura do servidor público para operacionalizar as diretrizes contidas na legislação a qual foi criado, ou seja, o Conselheiro Tutelar que atua, com características de cinco pessoas da sociedade, as quais passam por processo seletivo para candidatura e eleição, e quando empossados atuam especificamente como colegiado para tomadas de decisões.

Conceitua Nogueira Neto (1999) que o colegiado como um órgão público administrativo com funções de execução técnica. Porém por ser um funcionário público sui generis basicamente, funcionários públicos são os que têm um emprego permanente entendido dentro da hierarquia de um serviço público explorado por um órgão público.

Um dos requisitos à condição é a obediência hierárquica disciplinar e funcional. Tal situação exclui o Conselheiro Tutelar na figura do funcionário público, pois a sua principal característica é a independência ante aos órgãos do Executivo.

Os ensinamentos de Soares (2016, p. 131) contribui quando disse, in verbis:

Ser autônomo significa ter liberdade e independência na atuação funcional, não podendo suas decisões ficar submetidas a escalas hierárquicas, no âmbito da Administração. A revisão judicial (prevista no art. 137) não fere essa autonomia, porque é de caráter jurisdicional, e não administrativo.

A função do Conselheiro Tutelar difere dos demais “empregados” no Estado, principalmente, na forma de acesso ao cargo. A Constituição exige a licitação, na modalidade de concurso público como requisito para a sua seleção e investidura a função (Inciso II do Art. 37 da CF) (BRASIL, 1988, p. 40).

Igualmente, não podem ser considerado como servidor público comum, pois não submetem-se a concurso público “estrito senso”, logo não detém estabilidade. Ou seja, o Conselheiro Tutelar possui natureza híbrida tanto no tocante dos agentes administrativos.

Outro elemento diferenciador dos Conselheiros Tutelares é o caráter provisório de investidura do cargo, que são acolhidos através de voto direto. Por tanto o conselheiro tutelar faz parte do gênero dos agentes políticos do Estado como ensina Meirelles (2008, p. 418), são “[...]”

todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.”

Desse modo o Conselheiro não possui direitos semelhantes aos do Estatuto dos Servidores Públicos Municipais, limitando-se apenas aos direitos e obrigações que lhe foram conferidos pela legislação específica municipal e na forma por ela estabelecida pelo art.133 da Lei 8.069/1990, sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário.

Os tribunais têm se manifestado da seguinte maneira:

RELAÇÃO DE EMPREGO. CONSELHEIRA TUTELAR. A relação havida com o Município de Vale do Sol, na condição de conselheira tutelar, não se caracteriza como de vínculo de emprego, nos termos do disposto nos arts. 2º e 3º da CLT. Trata-se de agente público honorífico, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente. (...) (TRT-4 - RO: 6007720105040731 RS 0000600-77.2010.5.04.0731, Relator: JOÃO PEDRO SILVESTRE TRIN, Data de Julgamento: 06/12/2011, 1ª Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul)

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. CONSELHEIRO TUTELAR. VÍNCULO JURÍDICO E PAGAMENTO DE

HORAS EXTRAS. O Conselheiro Tutelar, eleito pelos cidadãos locais, segundo processo eleitoral próprio, com mandato por tempo determinado, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, não detém a situação jurídica de empregado do Município reclamado. Recurso desprovido. (TRT da 4ª Região, 5a. Turma, 0145500-85.2006.5.04.0411 RO, em 17/01/2008, Desembargadora Berenice Messias Corrêa - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Maciel de Souza, Desembargador Leonardo Meurer Brasil).

MEMBRO DE CONSELHO TUTELAR. NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO. INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A função de conselheiro tutelar, ainda quando remunerada pelo Município, não enquadra o seu detentor no conceito de servidor público em sentido estrito, mas sim no de agente honorífico (servidor público em sentido amplo). Na linha interpretativa do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal de 1988 distingue o “trabalhador” do “servidor público”, de forma que, exercendo o reclamante tarefa transitória de colaboração cívica, a sua atividade não se enquadra na expressão “relação de trabalho”, expressa nos incisos I e IX do art. 114 da Constituição Federal. (TRT da 4ª Região, 6a. Turma, 0092400-28.2006.5.04.0732 RO, em 21/05/2008, Desembargadora Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargadora Rosane Serafini Casa Nova, Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira)

Portanto, especificamente no processo administrativo para a perda de cargo do conselheiro tutelar de Garanhuns deve-se observar o artigo 75 da lei 3.910/2013 deverão ser precedidas de sindicância e processo administrativo.

O papel do Conselheiro, paralelamente observando a doutrina a qual ele deve reger-se, traz muitas reflexões que podem fundamentar caminhos a serem percorridos pelos operadores de direito, entretanto, não se pode esquivar-se do entendimento da utilização do Processo Administrativo Disciplinar ou da sindicância, que será analisado e discutido a seguir.

DIFERENÇAS ENTRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD E A SINDICÂNCIA

Após uma denúncia de conduta irregular de um servidor, a Administração é obrigada a abrir um procedimento administrativo para apuração dos fatos e, caso seja identificada a conduta do servidor, deve ser punido na forma da lei. Analisando o tema pelo ponto de vista da norma vigente, nem toda infração funcional deve ser apurada com a abertura de um Processo Adminis-

trativo Disciplinar (PAD).

Vale destacar que qualquer autoridade que tiver ciência de qualquer que afronte a lei e os princípios da administração pública é compelida a promover ou denunciar a autoridade que possua a obrigação funcional para a apuração, mediante sindicância, e conseqüente mente, PAD, sob pena de “Prevaricação”, previsto no Artigo 319 do Código Penal.

Destaco que a solicitação de apuração do ato irregular poderá ser promovida por qualquer autoridade, mesmo que seja pertencente a órgão ou entidade diferente daquele em que tenha sido denunciada e/ou ocorrido a irregularidade, como determina o artigo 214 do “Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Pernambuco”, Lei nº 6.123/1968. (PERNAMBUCO, 1968).

Pelo ponto de vista da norma funcional, especificamente, federal, a apuração de qualquer infração disciplinar deve ser realizada, de acordo com a Lei Federal 8.112/1990, é dividido em (02) duas fases, a sindicância (Artigo 145) e o processo administrativo disciplinar (Artigo 143).

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

[...]

Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

- arquivamento do processo;
- aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias; III - instauração de processo disciplinar.

Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior. (BRASIL, 1991, p. 38-39).

Especificamente na cidade de Garanhuns (PE), que não há Estatuto do Servidor Público Municipal e nem Lei Específica que disciplina do PAD, o Estatuto do Servidor Público Estadual é utilizado como base jurídica aos atos disciplinares nos ditames do Artigo 83 da Lei Orgânica do Município de Garanhuns, que estabelece: “[...] mesmos servidores, todos os direitos estabelecidos nos parágrafos e incisos dos Artigos 98 e 99, incisos e parágrafos da Constituição do Estado de Pernambuco.”

Porém na Alínea II do § 2º, Artigo 98 estabelece que perca o cargo mediante Processo Administrativo, Ihe é assegurada Ampla Defesa, in verbis.

Art. 98. São direitos dos servidores públicos [...]:

[...]

§ 2º O servidor público estável só perderá o cargo:

[...]

II - mediante processo administrativo em que Ihe seja assegurada ampla defesa;

(grifo nosso, GARANHUNS, 2014, p. 48-49)

A sindicância só será instaurada se, e somente se, falta funcional não for evidente ou sua

autoria for desconhecida, sendo essa etapa onde se apura a autoria e a materialidade da infração ou irregularidade, conforme o Artigo 216, in verbis: “A sindicância será instaurada quando a falta funcional não se revele evidente ou quando for incerta a autoria.” (PERNAMBUCO, 1968, p. 46).

O PAD é uma ferramenta administrativa com homogenia processual a qual a administração pública desempenha o seu poder de polícia para apurar os desvios funcionais e, consequentemente, ser aplicada as penalidades proporcionais ao ato do agente público ou e àquele que possua relação jurídica com a administração.

Após a denúncia de irregularidades deve ser iniciada a apuração, para tanto deve conter na demência alguns elementos tais como: a identificação completa do denunciante e o endereço do denunciante. (Incisos I, II e III do Art. 319 do CPC)

Durante a apuração pode ser requerido pela comissão de sindicância ou do PAD a cautelar de afastamento do exercício do cargo, caso que o servidor possa e/ou tente influir na apuração de sua irregularidade. Esse afastamento é dado pelo prazo de apuração e validade do processo administrativo que é de 90 (noventa) dias, sem prejuízo da remuneração.

Art. 211 - A suspensão preventiva até trinta dias poderá ser imposta por qualquer das autoridades mencionadas nos itens I a III do art. 208, desde que a presença do funcionário possa influir na apuração da falta cometida.

Parágrafo Único - A suspensão de que trata este artigo poderá ser prorrogada por qualquer das autoridades mencionadas nos itens I e II do art. 208, até noventa dias, após o que cessarão os respectivos efeitos, ainda que o processo não esteja concluído. (grifo nosso, PERNAMBUCO, 1968, p. 45)

Desse modo para que o Conselheiro seja destituído do cargo, é imprescindível a Sindicância e o Procedimento Administrativo, podendo, excepcionalmente, ser afastado do cargo para melhor apuração, e sendo respeitado os diplomas legais, como se verá a seguir.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DO CONSELHEIRO TUTELAR DE GARANHUNS

Mesmo tendo a natureza híbrida, o Conselheiro Tutelar só poderá ser punido por ter tido uma conduta incompatível com o cargo ou fere a idoneidade moral, isso a luz do Artigo 71 da Lei Municipal nº 3.910/2013 (GARANHUNS, 2013, p 28-29).

A imposição legal nos diplomas municipais atribui ao Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDICA) o poder/dever de apurar denúncias de desvios de conduta dos Conselheiros Tutelares. Essa atribuição se dá graças à interpretação de paridade funcional e por ser o CMDICA o norteador do Sistema de Garantia dos Direitos de Crianças e Adolescentes sendo o melhor ente para avaliar a atuação do Conselheiro.

Está mais que identificado nos autos que o desvio de função do Conselheiro Tutelar con-substancia-se em “grave lesão” aos direitos da criança e adolescente, o que deve ser corrigido pelo Poder Judiciário via de Ação Judicial impetrada pelo Órgão Fiscalizador, entendendo ser o Poder Executivo ou o Ministério Público.

Pouco é apresentado à sociedade, ou melhor, discernir que fora do espaço em que se

encontra as violações à criança e adolescente que qualquer cidadão do município, usuário do sistema, funcionário público, Conselheiro Tutelar ou instituição pode apresentar seus questionamentos, denúncias e/ou reclamações ao CMDICA.

Sua omissão na abertura do procedimento, de forma dolosa ou culposa, ou o comportamento inadequado de seus membros, pode levar a nulidade do procedimento por inteiro.

A Resolução do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA - nº 170, de 10 de dezembro de 2014, no seu Artigo 31 coloca o Conselheiro Tutelar em paridade com agente público passível de apuração disciplinar pela Sindicância ou PAD, in verbis: “Art. 31. O exercício da autonomia do Conselho Tutelar não isenta seu membro de responder pelas obrigações funcionais e administrativas junto ao órgão ao qual está vinculado, conforme previsão legal.” (grifo nosso, CONANDA, 2014, p. 08)

A mesma Resolução no seu artigo 47 não deixa dúvida que depende da legislação municipal que regime disciplinar será aplicável. Porém no parágrafo 01º traz em baila a possibilidade de omissão do município.

Art. 47. Cabe à legislação local estabelecer o regime disciplinar aplicável aos membros do Conselho Tutelar.

§ 1º Aplica-se aos membros do Conselho Tutelar, no que couber, o regime disciplinar correlato ao funcionalismo público municipal ou do Distrito Federal.

§ 2º As situações de afastamento ou cassação de mandato de Conselheiro Tutelar deverão ser precedidas de sindicância e processo administrativo, assegurando-se a imparcialidade dos responsáveis pela apuração, e o direito ao contraditório e à ampla defesa.

§ 3º Na omissão da legislação específica relativa ao Conselho Tutelar, a apuração das infrações éticas e disciplinares de seus integrantes utilizará como parâmetro o disposto na legislação local aplicável aos demais servidores públicos.

§ 4º O processo administrativo para apuração das infrações éticas e disciplinares cometidas por membros do Conselho Tutelar deverá ser realizado por membros do serviço público municipal ou do Distrito Federal. (grifo nosso, CONANDA, 2014, p. 08)

A perda do perdimento cargo eletivo do Conselheiro Tutelar deve manter a idoneidade moral além dos atos elencado no Artigo 69 da lei municipal nº 3.910/2013.

A Norma Municipal no seu Artigo 71 declara que a vacância da função do Conselheiro Tutelar se dá, entre outras, por aplicação de uma sanção administrativa/disciplinar de destituição da função. (Artigo 71, III)

A apuração da(s) infração(ões) administrativa deve ser apurado com muito cuidado, como ensina Cruz (2017, p. 02)

Como você e a imensa maioria dos conselheiros tutelares de todo o Brasil sabem, TODOS querem fiscalizar, controlar, dar ordens, interferir no trabalho do Conselho Tutelar (o qual deve ser justo, preciso, equilibrado, aplicando corretamente o que dispõe A LEI de nosso país, e isso todos, evidentemente, podem exigir, no mundo da cidadania). E TODOS querem fazer dos conselheiros, indevidamente, seus ...SERVIÇAIAS.

Segundo Art. 73 da Lei Municipal nº 3.910/2013 o PAD/Sindicância, mesmo sendo um procedimento administrativo, deve obedecer todos os princípios constitucionais principalmente o devido processo legal. A não observação dos princípios constitucionais, no seu Artigo 05º Alínea LV, inclusive, em garantia de defesa técnica adequada em todas as fases do procedimento. A

lei municipal estabelece que as punições devam ser impostas de forma progressiva, guardando a proporcionalidade dos atos praticado pelo conselheiro, de acordo com a legislação (GARANHUNS, 2013).

O Art. 5º, LIV e LV, Constituição Federal de 1988, promove o entendimento de que a apuração de responsabilidade e a possível penalidade aplicada ao agente público, no exercício da função. Para tal pressupõem prévio processo administrativo em que sejam asseguradas as garantias fundamentais com todos os meios de provas admitido no direito e em todos os recursos a ele inerentes (BRASIL, 1988).

No entanto, o perdimento deve ser precedido de uma investigação minuciosa preliminar (sindicância investigativa ou preparatória), que busca apurar as denúncias e a existência de elementos de convicção capazes de instruir o processo administrativo disciplinar.

Sobre o tema, ensina Meireles (1998, p. 570):

Sindicância Administrativa é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator. Pode ser iniciada com ou sem sindicado, bastando que haja indicação da falta a apurar. Não tem procedimento formal, nem exigência de comissão sindicante, podendo realizar-se por um ou mais funcionários designados pela autoridade competente. Dispensa defesa do sindicado e publicidade no seu procedimento, por tratar-se de simples expediente de verificação de irregularidade, e não de base para punição, equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal.

A sindicância não pode ser confundida com o procedimento administrativo disciplinar, uma vez que a primeira é instrumento para apuração de irregularidades, tendo como pilar fundamental o princípio inquisitório, de outro norte o processo administrativo tem o condão de “julgar” e aplicar as possíveis penalidades, será regido pelo princípio do contraditório e ampla defesa.

Outrossim, como bem esclarecido por Carvalho Filho (2014, p. 1.129), a sindicância assemelha ao processo administrativo, contudo, “[...] enquanto a sindicância é processo administrativo preparatório, inquisitório e tem por objeto uma apuração preliminar, o processo disciplinar principal é definitivo, contraditório e tem por objeto a apuração principal e, quando for o caso, a aplicação de sanção.”

O diploma municipal no seu Artigo 75, que dispõe sobre a punição de Conselheiro deve ser antecedido de sindicância, in verbis:

Art. 75. Cabe à legislação do servidor público municipal estabelecer o regime disciplinar aplicável aos membros do Conselho Tutelar.

§ 1º - As situações de afastamento ou cassação de mandato de Conselheiro Tutelar deverão ser precedidas de sindicância e processo administrativo, assegurando-se a imparcialidade dos responsáveis pela apuração, e o direito ao contraditório e à ampla defesa.

§ 2º - Na omissão da legislação específica relativa ao Conselho Tutelar, a apuração das infrações éticas e disciplinares de seus integrantes utilizará como parâmetro o disposto na legislação local aplicável aos demais servidores públicos.

§ 3º - Na apuração das infrações pode ser prevista a participação de representantes do Conselho Tutelar e de outros órgãos que atuam na defesa dos direitos da criança e do adolescente. (GARANHUNS, 2013, p. 29)

Esse mesmo entendimento é seguido pelos tribunais pelo Brasil:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCEDIMENTO DE SINDICÂNCIA INVESTIGATIVA - CONSELHEIRA TUTELAR - SUSPENSÃO - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO -

PROVIMENTO DO RECURSO. A sindicância investigativa não se confunde com o processo administrativo disciplinar, pois ela não é instrumento para aplicação de penalidades, mas simples meio de apuração de irregularidades, pautado pelo princípio inquisitório. A garantia ao contraditório e à ampla defesa não é imprescindível quando se tratar de sindicância que funcione como mera investigação preliminar ao processo administrativo, o que não acontece, contudo, no processo administrativo definitivo, que visa à aplicação de sanção. A validade do procedimento e, conseqüentemente, da penalidade aplicada pressupõe a observância da ampla defesa e do contraditório, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição da República, como ocorreu no caso dos autos. (TJ-MG - AC: 10568170024166002 Sabinópolis, Relator: Wilson Benevides, Data de Julgamento: 09/11/2021, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/11/2021)

O poder disciplinar contra Conselheiros Tutelares seguiu pelo Princípio da Outorga de Competência instauradora e consultiva a órgão colegiado, a Comissão de sindicância será formado por 02 (dois) membros designados mediante despacho da autoridade que determinar a sua instauração, devendo ser concluída no prazo de vinte dias. (art. 217, Lei estadual nº 6.123/68), cujos integrantes, por questões lógicas, não devem integrar a comissão do processo disciplinar que instaurou.

Ensina Fraga (2011, p. 547) que “[...] o princípio da imparcialidade assim entendido corresponde ao princípio do acusatório, ou seja, a separação entre quem instrui o procedimento e quem o decide, como em processo penal”.

Para que se o indivíduo seja investido no cargo, caberá o aspirante a conselheiro a produção todas as provas, admitido no direito, de sua idoneidade, no mesmo sentido a fiscalização do exercício da função é fundamental.

De acordo com a Lei Federal ao lado da estadual e municipal o Conselho Tutelar é um ente municipal “autônomo” e independente, que integra o poder executivo. Porém não se subordina funcionalmente, mas concedeu o livre arbítrio municipal para criar mecanismos de fiscalização/controlar e a, conseqüentemente, exclusão de seus integrantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com advento da Lei nº 8.069/1990, ocorreu avanços no que tange os direitos e defesa dos interesses das crianças e adolescentes no que tange o desenvolvimento físico, moral e social, colocando os menores no lugar e detentor de direitos e colocando-o em absoluta prioridade. O legislador federal, quando promoveu o Estatuto da Criança e do Adolescente, criar um ente público especial e dotado de características próprias.

A figura do conselheiro tutelar, trazida pelo ECA, tem sua origem na comunidade, ou deveria ser, tem como função de zelar pelos direitos das crianças e adolescente, tendo a obrigação ética de ser um conselheiro diferentemente, de trazer possibilidades. É cediço, o Conselheiro Tutelar detém múnus público que não pode ter sua idoneidade questionada, sob pena de afastamento. Os tribunais em todo o país tem o mesmo entendimento que com a ausência de idoneidade moral justifica o afastamento do Conselheiro Tutelar sem a devida remuneração.

Porém quando a atuação desses agentes públicos tem sua idoneidade moral posta a

prova o meio de apuração dos atos questionados é o Procedimento Administrativo, devendo ser assegurado pelos princípios constitucionais. Nesse momento é que surge o procedimento administrativo para a destituição dos conselheiros que não honram o compromisso depositado junto ao voto do cidadão. Com a denúncia é dever do ente público para abrir a apuração, caso contrário responderá por “Prevaricação”, previsto no Artigo 319 do Código Penal.

O poder disciplinar atribuído pelos diplomas federal, estadual e municipal que deverá ser instaurada pelo órgão colegiado com o intuito de formar a Comissão de sindicância, porém a norma não menciona ou condiciona sobre o conhecimento processual fragilizando assim a apuração. Destaca-se também que o procedimento tem duração de 20 (vinte) dias. Já o inquérito administrativo tem o prazo para a conclusão de 60 (sessenta) dias, sendo admitida a sua prorrogação por igual prazo, devidamente justificado.

O Conselheiro Tutelar é um funcionário público devendo resguardar os princípios da moralidade administrativa e demais princípios administrativos e em caso de desvio deve ser punido com todo rigor da lei principalmente por atuar em defesa de cidadãos em formação e vulneráveis. O Conselho Tutelar não deve ser usado como trampolim político e/ou atender os interesses pessoais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, DOU de 19.4.1991.

CARVALHO FILHO, José Santos de. Manual de Direito Administrativo, Atlas, 2018, 32ª Ed., p. 1.129.

CONANDA. Recomendação nº 170, de 10 de dezembro de 2014. Publicado em: 27/01/2015. Edição: 18. Seção: 1. Órgão: Presidência da república/Secretaria de direitos humanos/Conselho Nacional dos direitos da criança e do adolescente. Página: 09-10

CRUZ, Delnerio Nascimento da. O conselheiro tutelar e o ciclo da cassação de um mandato!. Eca-Capacita, 2017. Disponível em <<https://eca-capacita.com.br/videocapacita/lauro-trindade/o-conselheiro-tutelar-e-o-ciclo-da-cassacao-de-um-mandato/>>

DE LAUBADÈRE, A., & Tácito, C. (2021). O Funcionário Público no Direito Administrativo Francês. Revista Do Serviço Público, 2(3), 80 - 83. Recuperado de <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/5943>>

FRAGA. Carlos Alberto Conde da Silva. O poder disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração pública: Lei 58/2008: doutrina: jurisprudência. Alfenelos: Petrony, 2011. p. 547.

GARNHUNS, Lei nº 2.436 de 04/04/1990. Lei Orgânica Municipal de Garanhuns. Câmara municipal de Garanhuns. Dezembro de 2014

MEIRELES, Hely Lopes. Manual de Direito Administrativo, 2018, 32ª Ed., p. 1129

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34^o ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 418.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 23.^a edição atualizada por Eurico De Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

PERNAMBUCO. Lei nº 6123 de 20/07/1968. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Pernambuco. DOPE 13/03/1973

SOARES, Judá Jessé de Bragança. ECA comentado: ARTIGO 131/LIVRO 2 – TEMA: Conselho tutelar. “ECA Comentado”. Coordenado por MUNIR CURY e outros, 2016, p.

405. Disponível em <<https://fundacaotelefonicavivo.org.br/noticias/eca-comentado-artigo-131livro-2-tema-conselho-tutelar/>>

LIBERATI, Wilson D. et CYRINO, Caio B. “Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente”. São Paulo, Malheiros, 2003, 2^aed., p.125 e 127

NOGUEIRA NETO, W. A convenção internacional sobre o direito da criança e a busca do equilíbrio entre proteção e responsabilização. Sistema de garantia de direitos: um caminho para a proteção integral. Recife: Cendhec, 1999a. p. 29-38.

FILHO, Romeu Felipe Bacellar, MARTINS, Ricardo Marcondes: Fiscosoft - Thomson Reuters In “Tratado de Direito Administrativo”. 5^o ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, vol. 4, Ed. 2019, p. 61.

Dano moral por abandono afetivo: a decisão espiritualizada do STJ

Cristhiano Henrique de Sousa Assunção

Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil – Estácio de Macapá.

Graduando em Letras Língua Portuguesa

– Estácio de Macapá. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Estácio de Macapá. Pesquisador de temas voltados à espiritualidade nos ramos da educação e do Direito



RESUMO

Este estudo propõe uma análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça que condenou um pai a pagar danos morais à filha por abandono afetivo. A pesquisa é centrada em duas indagações: a) saber se há embasamento legal, constitucional e doutrinário para a decretação de danos morais por abandono afetivo; b) se esta decisão pode ser considerada com traços de espiritualidade, uma vez que é balizada na dignidade da pessoa humana e no humanismo judicial. Por meio de pesquisas a acervos jurídicos do ramo do direito das famílias e na legislação vigente, obteve-se respostas positivas às indagações. Constituição, legislação e doutrina oferecem claros fundamentos para a decisão; a decisão do STJ possui traços de espiritualidade pois comunga com o paradigma Direito e espiritualidade, contribuindo para harmonia entre pais e filhos, ainda que a relação conjugal não prospere, conscientizando-os de que o dever de cuidado possui valor jurídico imutável.

Palavras-chaves: dano moral. abandono afetivo. direito e espiritualidade.

INTRODUÇÃO

Em meados de 2012, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça condenou um pai a indenizar por danos morais em R\$ 200 mil a filha por abandono afetivo. No caso, a autora conseguiu judicialmente o reconhecimento da paternidade e entrou com ação contra o pai por ter sofrido abandono material e afetivo durante a infância e também na adolescência. Na primeira instância o pedido foi julgado improcedente e o juiz considerou o comportamento agressivo da mãe como justificativa do distanciamento do pai. O processo chegou ao STJ e a ministra Nancy Andrighi, da terceira turma, entendeu que é possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. “Amar é faculdade, cuidar é dever”, afirmou ela na sentença. Para ela, não há motivo para tratar os danos das relações familiares de forma diferente de outros danos civis.

Será apresentado a dificuldade em extrair nas relações familiares o dano moral, pois envolve questões subjetivas, como afetividade, mágoa ou amor. Tornando difícil ao julgador a identificação dos elementos que tradicionalmente compõem o dano moral indenizável: dano, culpa do autor e nexo causal. Entretanto, a novel decisum entendeu que a paternidade traz vínculo objetivo, com previsões legais e constitucionais de obrigações mínimas. Daí surgiu a necessidade de buscar e conhecer estas previsões legais e constitucionais de obrigações mínimas.

Diante desta decisão inédita, surgiram as indagações desta pesquisa:

- a) Quais os fundamentos constitucionais, legais e doutrinários que justificam o dano moral por abandono afetivo?
- b) A decisão do STJ pode ser entendida como uma decisão espiritualizada?

Objetiva-se a busca de fundamentos na Constituição Federal, na legislação ordinária e na doutrina sobre a possibilidade legal da decretação da responsabilidade civil em sede de danos morais por abandono afetivo.

Objetiva-se também, demonstrar que a decisão do STJ possui traços de espiritualidade

no sentido de ter respaldo no humanista judicial e na dignidade da pessoa humana. Por isso, direito e espiritualidade serão analisados como hipótese dos julgados espiritualizados da Ministra Nancy Andrighi.

A análise dos dispositivos legais e dos referenciais teóricos que fundamentam a existência do dano moral por abandono afetivo se justifica, pois, para os que possuem entendimento contrário, que a decisão está de acordo com a Constituição Federal, legislação ordinária e doutrina.

A sociedade precisa compreender que existe no ordenamento jurídico brasileiro um dever de cuidado muito claro dos pais para com os filhos, decorrente dos deveres do poder familiar, e, se esse dever for descumprido, haverá uma sanção punitiva ao seu causador.

A partir desta decisão, os pais ausentes, na maioria dos casos, aqueles que não agem pelo afeto e abdicando-se dos valores nobres da família, ao se depararem diante de uma ameaça de punição judicial financeira, serão compelidos a cumprir o dever constitucional de cuidar da criança, mesmo que a relação conjugal não tenha prosperado.

EVOLUÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

O dano moral dentro do direito das famílias, para muitos, um tema polêmico, cada vez mais é levado aos tribunais, entretanto, não existe uma responsabilidade civil específica para o direito das famílias. É necessário compreender que nas relações familiares e em outras relações – contratuais, de consumo, de prestação de serviços públicos, etc., todo tipo de relação jurídica na qual um sujeito cause dano a outro decorrente de um ato ilícito, haverá a obrigatoriedade de reparação desse dano, sendo patrimonial ou moral.

O Código Civil em seu art. 927 trouxe uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva: “Aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Por isso, a responsabilidade civil subjetiva é pautada pelo conceito de culpa, onde, em se tratando até mesmo de uma relação familiar, pode-se afirmar que ninguém será obrigado a indenizar sem que tenha sido comprovada em juízo a falta do dever de cuidado.

O Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, concluiu que pode haver pedido de indenização por dano moral, fundado na cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva. No julgamento do REsp. 37051 houve a seguinte ementa:

1. O Cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor;
2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação;
3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma reconheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Código Civil, para admitir a obrigação de ressarcirem danos morais.¹

¹STJ, 3ª T. REsp. 37051-SP (1993/0020309-6). Rel. Min. Nilson Naves. DJe. 25 jun. 2001. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/306768/recurso-especial-resp-37051-sp-1993-0020309-6>>. Acesso em: 21 set. 2019.

A partir desta decisão, o dano moral passou a ser considerado como hipótese de ressarcimento em casos de comprovação de atos ilícitos nas relações conjugais e, no tocante à abordagem da responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos, estas se diferenciam tanto em estrutura quanto no funcionamento das relações conjugais. Por isso, em décadas passadas havia muita dificuldade em encontrar os fundamentos para a responsabilização por dano moral. As relações conjugais e as paterno-filiais segundo Maria Celina Bodin Moraes (2004, p. 414):

Remetem-se, por óbvio, à solidariedade familiar, mas de maneira muito particular. Além disso, observa-se que a questão não pode ser debatida sem que se atente para a vulnerabilidade das partes, fundamental quando o foco são os filhos menores, pessoas em desenvolvimento, a quem o ordenamento deve a máxima proteção.

A caracterização do dano moral necessita dos seguintes elementos: o dano, a culpa do autor e o nexa causal. Todavia, tal operação se torna complexa quando o julgador se depara com os contornos íntimos inerentes às relações familiares, pois possuem alto grau de subjetividade. Os operadores do direito, como no exemplo, apresentavam dificuldades em identificar ou constatar os elementos configuradores do dano moral. Tanto que o entendimento majoritário dos

Ministros do STJ era o de que não haveria interação possível entre responsabilidade civil no sentido de se aplicar o dano moral no direito das famílias, afastando o dever de indenizar, diante da ausência de ato ilícito, pois o pai não seria obrigado a amar o filho. Eis a ementa:

Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido²

Esta celeuma jurídica se mantinha porque a doutrina e a jurisprudência causavam confusão no entendimento sobre o amar e dar afeto, posto que não são a mesma coisa. Afeto significa interação entre pessoas, e pode ser positivo – cujo exemplo é o amor; e pode ser negativo – cujo exemplo é o ódio. O professor Tartuce (2019), afirma: “houve uma confusão nesse primeiro julgado entre amar e dar afeto, posteriormente, a Ministra Nancy Andrighi cunhou a frase ‘amar é faculdade, cuidar é dever jurídico’, pondo fim à celeuma jurídica”.

Para a Ministra Nancy Andrighi, o dano moral estaria presente por existir uma obrigação legal dos pais de dar auxílio psicológico aos filhos. E, reconhecendo o cuidado como valor jurídico, constatou o ato ilícito, a culpa do pai por abandono afetivo e o nexa causal entre a ação do pai não reconhecendo a paternidade da filha fora do casamento e o dano a ela causado pelo abandono. Esta decisão traduz a correta aplicação do princípio da solidariedade, sem perder de vista a função pedagógica que deve ter a responsabilidade civil.

LEI, CONSTITUIÇÃO E DOCTRINA: A BUSCA DE HIPÓTESES DO DEVER DE CUIDADO

Destaque-se, quando um pai, ou uma mãe, abandona o filho ao longo de uma vida inteira, não contribuindo para sua formação como ser humano, está cometendo um ato ilícito, portanto, deve haver uma sanção, sob pena de termos um ordenamento jurídico vazio. Aos contrários

² STJ. REsp. 757.411-MG (2005/0085464-3). Rel. Min. Fernando Gonçalves. 4ª T. DJe. 09 ago. 2010. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15645761/apelacao-ci-vel-apl-25042520058070004-df-0002504-2520058070004/inteiro-teor-103274261?ref=serp>>. Acesso em: 22 set. 2019.

à indenização, segue tabela contendo os dispositivos legais fundamentadores.

Tabela 1 - Hipóteses fundamentadoras do dano moral por abandono afetivo Dispositivos Legais

Legislação	Dispositivo
Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
	Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.
Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002)	Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação;
Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990)	Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.
Convenção sobre os Direitos da Criança (Decr. nº 99.710 21 de novembro de 1990)	Artigo 7. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

Percebe-se a existência de vários dispositivos legais e constitucionais que embasam a indenização contra o pai, ou mãe, que abandona o filho. Corroborando, afirma Charles Bicca (2015): “essas pessoas que falam da inexistência de obrigação de amar provavelmente não devem ter lido os artigos. 227, 229 da CF, art. 1.634 do C.C, art. 22 do ECA, e Convenção da Criança. Se lerem, vão perceber que há um dever muito claro de cuidado com a criança.”

As hipóteses levantadas até este momento são uma antecipação da resposta a um dos problemas norteadores desta pesquisa, a saber, quais os embasamentos legais fundamentam a indenização. Por conseguinte, após a apresentação dos dispositivos legais na tabela, resta claro, e muito esclarecido pela legislação e pela Constituição Federal, não existirem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar no direito das famílias.

A partir dessa breve análise, observa-se que todos os dispositivos legais e constitucionais da tabela conferem proteção integral à criança e ao adolescente, visando o respeito à sua dignidade e os demais direitos, estando inserido principalmente o dever de cuidado, pois tanto a família, como a sociedade e o Estado devem assegurar e zelar por sua incolumidade física, psíquica e afetiva.

À luz desses dispositivos legais, cabe ainda destacar, há muito se positivou a obrigação legal dos pais ou adotantes, no que se refere à manutenção material da prole, outorgando-se

tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, decretar-se a prisão civil para o devedor de alimentos quando descumpra a obrigação de alimentar sem justo motivo. Observe que já existiam meios de punição mais severos visando à proteção da prole, conferindo, portanto, racionalidade jurídica à obrigação de indenizar.

São nas normas constitucionais que se observa a máxima amplitude possível e, ao mesmo tempo, o surgimento do entendimento, não só no âmbito hermenêutico da lei, posto que agora pode se falar no âmbito científico, do que já empiricamente era percebido, a saber, o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente.

No art. 227 da Constituição Federal incorporou-se a percepção de cuidado como valor jurídico não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas incisões semânticas, ora mais implícito, ora mais aparente dependendo do intérprete. Por isso, não é devido negar ao cuidado o seu status de obrigação legal, do contrário, ter-se-ia a fragilização da membrana constitucional de proteção ao menor e ao adolescente. Na próxima tabela, complementando a resposta do primeiro problema da pesquisa, serão apresentados os referenciais teóricos, isto é, a vasta produção doutrinária brasileira sobre o tema, que fundamentam a existência do dano moral por abandono afetivo.

Tabela 2 - Hipóteses fundamentadoras do dano moral por abandono afetivo Referencial Teórico

Autoria	Doutrina
<p align="center">ROLF MADALENO Advogado e Professor de Direito de Família e Sucessões da PUC-RS. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-RS.</p>	<p>A negligência de um pai ou mãe que somente contribui com a pensão alimentícia ao menor, porém não age com um mínimo de afeição. Esse age ilícitamente, pois a figura do “pai” ou da “mãe” vai além do biológico ou jurídico, mas de acordo com a exegese da lei, pai e mãe são aqueles que demonstram afeto na criação da criança, criando um vínculo afetivo com o filho (MADALENO, 2011, p. 218).</p>
<p align="center">DIRACY NUNES ALVES Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Pará</p>	<p>O abandono afetivo [...], assim como a necessária proteção na relação paterno-filial, tem por base a falta do cuidar, fato capaz de gerar o dever de indenização. É este elemento simples e complexo que delimita a possibilidade de responsabilidade civil (ALVES, 2017, p. 89).</p>
<p align="center">TAISA MARIA MACENA DE LIMA Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Doutora em Direito Civil pela UFMG.</p>	<p>A responsabilidade denota atribuições conferidas aos pais, pelas normas constitucional e infraconstitucional, como objetivo de viabilizar o desenvolvimento físico, moral e intelectual da criança e do adolescente; o dever de indenizar somente será reconhecido quando a omissão ou falta dos pais ou de um deles for atribuível a negligência (LIMA, 2004, p. 630).</p>
<p align="center">CARLOS ROBERTO GONÇALVES Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil.</p>	<p>Somente casos especiais, em que fique cabalmente demonstrada a influência negativa do des-caso dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos, com rejeição pública e humilhante, justificam o pedido de indenização por danos morais. Simples desamor e falta de afeto não bastam (GONÇALVES, 2017, p. 495).</p>

<p align="center">MARIA BERENICE DIAS Mestre em Processo Civil pela PUC-RS. Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Advogada e fundadora do IBDFAM.</p>	<p>A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigado a indenizar (DIAS, 2013, p. 471).</p>
<p align="center">FLÁVIO TARTUCE Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Advogado e vice-presidente IBDFAM-SP.</p>	<p>Há que falar no dever de indenizar em casos tais, especialmente se houver um dano psíquico ensejador de dano moral, a ser demonstrado por prova psicanalítica. O desrespeito ao dever de convivência é muito claro, eis que o art. 1.634 do Código Civil impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia. Além disso, o art. 229 da Constituição Federal é cristalino ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Violado esse dever e sendo causado o dano, estar-se-á configurado o ato ilícito (TARTUCE, 2018, p. 632).</p>
<p align="center">RODRIGO DA CUNHA PEREIRA Especialista em Direito de Família e Sucessões. Advogado e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de família – IBDFAM.</p>	<p>O exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível (PEREIRA, 2018, p. 631).</p>
<p align="center">CHARLES BICCA Advogado. Autor do livro Abandono Afetivo: O Dever de Cuidado e a Responsabilidade Civil por Abandono de Filhos.</p>	<p>A partir do momento em que o Poder Judiciário se posiciona firmemente deixando claro ser ato ilícito abandonar o filho, tem-se, ao menos, uma linha a ser seguida, ou seja, não se defende que deva haver ações de indenizações, simplesmente, porque nada indeniza o abandono de uma vida inteira. A ideia é que a condenação por danos morais sirva para impedir novos atos ilícitos. Se em outras situações ilícitas há uma consequência no mundo jurídico, não se pode agir diferente com abandono de filho. Não se pode continuar com o manto por cima da família, como se ninguém a pudesse tocar. Definitivamente não, pois é dentro da família que ocorrem muitas barbaridades. Por isso, é preciso retirar esse manto e dizer que não se pode praticar ato ilícito (BICCA, 2015).</p>
<p align="center">NANCY ANDRIGHI Ministra do Superior Tribunal de Justiça – STJ.</p>	<p>O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa no art. 227 da CF/88. Não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever (ANDRIGHI, 2012, p. 8-9).</p>

Apresenta-se, na tabela 2, um vasto conteúdo de posicionamentos doutrinários que legitimam a obrigação de indenizar. De norte – considerando a Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Diracy Nunes Alves, a sul do Brasil – Maria Berenice Dias, Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Sobre a exposição doutrinária, é inadmissível considerar encerrada a discussão, haja

vista que não é interesse primordial da pesquisa o alcance de todos os autores que tratam do tema, posto ser tarefa desnecessária e inviável. A seguir, serão apresentados alguns posicionamentos contrários e, paralelamente, o contraponto levando-se em consideração as doutrinas, em parte, constantes da tabela 2.

CONTRAPONTO ÀS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Ricardo Lucas Calderón informa que ainda há “intensa discussão doutrinária”. Entretanto, trata-se de informação não tanto razoável, pois a matéria do dano moral por abandono afetivo vem evoluindo nos tribunais brasileiros, ganhando muitos adeptos. Portanto: “a doutrina é uníssona ao afirmar que o abandono moral do filho tem o condão de ocasionar danos morais (SANSEVERINO, 2012, p. 41).

A decisão do STJ que concedeu a reparação monetária em um caso de abandono afetivo paterno, ainda é objeto de intensa discussão doutrinária. [...] Aspróprias particularidades fáticas inerentes a estas situações jurídicas permitem que se encontrem soluções distintas para casos concretos vistos como próximos, embaralhando os fatores envolvidos (CALDERÓN, 2017, p. 1).

Nas orações: “as próprias particularidades fáticas...” e “embaralhando os fatores envolvidos”, enaltece-se as peculiaridades de cada caso. Aliás, necessário se faz considerar por si mesmo todas as peculiaridades, mas não concluir que haverá embaralho a ponto de destoar o fim que se pretende. Qualquer que seja a decisão o fim será o mesmo: decretar a punição ao causador do dano para que, pedagogicamente, não ocorram novos atos ilícitos em outras famílias. Grosso modo, não é devido subestimar a capacidade do julgador em adentrar profundamente ao caso concreto e extrair o liame objetivo do dever constitucional de cuidado. Nesse diapasão, Rui Stoco (2007, p. 946) contribui:

Cada caso deverá merecer detido estudo e atenção redobrada, só reconhecendo o dano moral em caráter excepcional e quando os pressupostos da reparação se apresentarem estreme de dúvida e ictu oculi, através de estudos sociais e laudos técnicos de equipe interdisciplinar.

Estou dizendo a tese. Se abrimos essa tese aqui, olha, como diria o pessoal, sai de baixo. Este Tribunal irá cuidar de mágoas (UYEDA, 2012, p. 25).

O Ministro Massami Uyeda, do STJ, foi voto vencido na novel decisum. Em seu voto, esboçou o jargão aqui em discussão, obviamente preocupado com eventual enxurrada de demandas judiciais de filhos abandonados. Mas essa preocupação deve ser rechaçada, pois, antes de uma ação chegar ao STJ ela caminhará na primeira instância e, possivelmente na segunda, onde cessará a análise dos fatos e das provas, não permitindo ao Superior Tribunal de Justiça “cuidar de mágoas”. O juiz de primeira instância e os tribunais dos Estados estão mais próximos das partes e das provas, e esta proximidade faz compreender todo arcabouço jurídico para dar decisões mais próximas ao caso concreto. A própria Súmula nº 7 do STJ preceitua: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Eis também a ementa da seguinte jurisprudência:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO

DE DIREITO. O fato insuscetível de reexame no âmbito do recurso especial é aquele que foi transposto da realidade para o processo mediante a produção de provas; a percepção que a instância ordinária teve dessas provas não pode ser alterada no âmbito do recurso

especial. Outra é a situação quando o *thema decidendum* tem a ver com os atos judiciais, sejam das partes, seja do juiz ou de auxiliares seus (v.g., cartorários, oficial de justiça); são atos do próprio processo judicial, sujeitos ao crivo do Superior Tribunal de Justiça quando este julga o recurso especial. Agravo regimental desprovido³. (Grifo nosso).

Curiosamente, o próprio Ministro reitera: “As provas o juiz de primeiro grau já analisou e disse que não havia. O segundo grau quem reformou. Então, entre análise de prova, o primeiro grau e o segundo cada um fez à sua maneira” (UYEDA, 2012, p. 24).

Diante da novel decisum do STJ, tem-se, ao menos, uma linha a ser seguida, ou seja, “não se defende que deva haver ações de indenizações, simplesmente, porque nada indeniza o abandono de uma vida inteira” (BICCA, 2015). A ideia é que a condenação por danos morais sirva para impedir novos atos ilícitos. Observe-se que em outras situações ilícitas há uma consequência no mundo jurídico, não se pode agir diferente com abandono de filho.

Em suma, a indenização por abandono afetivo é um processo de auto afirmação do Poder Judiciário na relação familiar e, essa auto afirmação, desperta a responsabilidade do cuidado. Logo, o centro da política que estabelece a indenização tem como foco o cuidado.

Quando se fala em indenização não há que se simpatizar com a ideia, porque está se falando do afetivo, e não se consegue indenizar o afetivo com dinheiro (DOUGLAS, 2015).

O Juiz Federal, Dr. William Douglas afirma que “não simpatiza com a indenização, pois não se pode indenizar o afeto”. Ora, em nenhum momento está se estabelecendo preço nas relações de afeto, ou no afeto em si, muito pelo contrário, está se garantindo a obrigação do cuidado que deve ser praticado e mantido aos filhos. Nesse sentido, Jô Moraes (2015) esboça valioso posicionamento ativista: “o amor não tem preço nem é provocado por pressão material ou econômica, mas o cuidado sim”. Outro posicionamento no mesmo sentido: “ninguém está pedindo amor de volta, até porque esse argumento não condiz nunca, não se compra amor, o que se debate é uma obrigação decorrente do poder familiar” (BICCA, 2015).

Em nossa legislação não há nenhum dispositivo específico que trate do assunto, aplicando-se a teoria geral da responsabilidade civil. Há uma resistência nos nossos Tribunais em indenizar quando ocorre abandono afetivo dos pais em relação aos filhos (CARDIN, 2012, p. 142).

A advogada, mestre e doutora em direito pela PUC- SP, Dra. Valéria Silva Galdino Cardin, em 2012, lançou o livro *Dano Moral no Direito de Família*, onde, àquela época realmente não havia decisão de indenizar nos Tribunais. Entretanto, afirmar que não há nenhum dispositivo legal que trate do assunto é um tema superado, pois, partindo da tabela 1, têm-se os dispositivos legais e constitucionais que fundamentam a indenização. Cabe ainda mencionar o voto da ministra Nancy Andrighi que inaugurou o novo posicionamento do STJ. A ministra efetuou uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, enfatizando ser das mais cozinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva, a saber, o dano, a culpa do autor, e o nexa causal.

O Ministro Fernando Gonçalves assevera que o litígio entre as partes dificultaria a esperança do filho de ser acolhido, ainda que tardiamente, pelo afeto paterno. Sobre este posicionamento, cabe apresentar contraponto utilizando a tabela 2, onde a jurista Maria Berenice Dias afirma que a grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar

³ STJ. 3ª T. AgRg no REsp: 909286-PR (2006/0270989-7). Rel. Min. Ari Pargendler. DJe. 07 ago. 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2072675/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-909286-pr-2006-0270989-7/inteiro-teor-100711532?ref=legal-quote-trigger>>. Acesso em: 24 set. 2019.

a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Significa que este desenvolvimento sadio, na grande maioria dos casos, ocorre necessariamente, ao longo dos anos, tendo-se presente boa relação entre pais e filhos, com o genitor protegendo sua prole e direcionando-a aos caminhos seguros da vida.

O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? (GONÇALVES, 2017, p. 19).

Sustenta o Ministro Gonçalves, com a condenação, o pai não encontraria ambiente para reconstruir o afeto com seu filho, mas não se pode atribuir certeza matemática a esta afirmação posto que, desde o ano de 2010, está em vigor a Lei nº 12.318, que trata da “alienação parental”. Esta lei protege os direitos dos pais separados no sentido de aproximá-los dos filhos, ainda que diante de condenação por abandono afetivo. São os trechos da Lei:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I- realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II- dificultar o exercício da autoridade parental;

III- dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV- dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V- omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI- apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII- mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (Nosso grifo)

O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, no intuito de evitar embaraços à convivência harmoniosa entre os pais separados e seus filhos, elaborou o Enunciado nº 28:

Havendo indício de prática de ato de alienação parental, devem as partes ser encaminhadas ao acompanhamento diagnóstico, na forma da Lei, visando ao melhor interesse da criança. O magistrado depende de avaliação técnica para avaliar a ocorrência ou não de alienação parental, não lhe sendo recomendado decidir a questão sem estudo prévio por profissional capacitado, na forma do § 2º do art. 5º da Lei nº 12.318/2010, salvo para decretar providências liminares urgentes.

Esse foi um exercício didático apresentando posicionamentos divergentes ao entendi-

mento aqui defendido e, na mesma medida, apresentou-se o contraponto doutrinário e legal com objetivo de convergir ao entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, a saber, a decretação de danos morais por abandono afetivo. Vale ressaltar que o Instituto Brasileiro de Direito de Família também já pacificou o entendimento desta possibilidade por meio do Enunciado nº 08: O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.

A busca pelos fundamentos legais, constitucionais e doutrinários que embasaram a decisão do STJ, inicialmente, estava mergulhada na presunção de que poucas seriam as hipóteses resultantes. Entretanto, os dispositivos constitucionais e legais encontrados foram muitos (CF, CC, ECA e Convenção da Criança). Quanto ao referencial teórico, a tabela 2, além de confirmar, torna perene e majoritário o entendimento do STJ.

PRÓLOGO DA INDAGAÇÃO

A presente pesquisa deve-se à recente e inédita decisão do Superior Tribunal de Justiça que condenou um pai a indenizar a filha por abandono afetivo. Antes, porém, necessário expor os meandros e caminhos até a formulação das indagações.

A primeira ação judicial em que se reconheceu a indenização extrapatrimonial ocorreu no Tribunal de Minas Gerais. Na ocasião se condenou um pai a pagar indenização de duzentos salários mínimos a título de danos morais ao filho, por não ter com ele convivido⁴. No entanto, o STJ reformou a decisão do Tribunal mineiro, afastando o dever de indenizar no caso em questão, diante da ausência de ato ilícito, pois o pai não seria obrigado a amar o filho⁵.

Em 2012, o Superior Tribunal de Justiça, proferiu decisão admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo. A Ministra Nancy Andrighi decidiu ser admissível aplicar o dano moral nas relações familiares quanto ao abandono afetivo. Obstinou-se, então, às indagações norteadoras desta pesquisa, pois, já que houve uma inovação radical no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, emergiram-se as indagações/problemas:

- a) Quais os fundamentos constitucionais, legais e doutrinários que justificam o dano moral por abandono afetivo?
- b) A decisão do STJ pode ser entendida como uma decisão espiritualizada?

ANÁLISE DOS RESULTADOS

O primeiro problema foi solucionado por meio das tabelas 1 e 2, as quais expuseram exaustivamente os dispositivos legais, constitucionais e vasta doutrina definindo a questão por resolvida, ou seja, do ponto de vista da lei brasileira são claros os dispositivos fundamentadores da decisão do STJ. Referente à doutrina, confirmou-se ser majoritário o entendimento do dever de indenizar. Até diante do exercício proposto com a exposição das opiniões divergentes, estas restaram irrazoáveis e ultrapassadas.

⁴ TJ/MG. AC n.º 408.550-5. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Unias Silva. DJe. 01 abr. 2019. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/2262/2148>>. Acesso em: 25 set. 2019.

⁵ STJ. 4ª T. In REsp. n.º 757.411-MG (2005/0085464-3). Rel. Min Fernando Gonçalves. DJe. 27 mar. 2006. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15645761/apelacao-ci-vel-apl-25042520058070004-df-0002504-2520058070004/inteiro-teor-103274261?ref=serp>>. Acesso em: 22 set. 2019.

O segundo problema será analisado no próximo tópico, buscando posicionamentos que consideram ser uma decisão espiritualizada, haja vista o surgimento da corrente Direito e Espiritualidade – uma relação para os novos tempos, um paradigma que encontra sua terra natal nas decisões da Ministra Nancy Andriahi.

A DECISÃO ESPIRITUALIZADA DO STJ

No intuito de esclarecer apropriadamente o foco deste estudo, necessário conceituar a espiritualidade, para que não se incorra em similitudes com a religião e o próprio Espiritismo.

Acepções da espiritualidade

A espiritualidade pode ser definida como a busca humana por um significado para a vida por meio de conexões não materiais, intangíveis. Há de se considerar que cada ser humano tem sua própria ideia desse conceito. Espiritualidade tem a ver com propósito e sentido. É um grande ato de conexão entre o ser humano e o divino. Foca-se na busca por um reencontro com a sua essência, conectando-se com algo maior que si próprio. Andréa Ferreira (2015, p. 3), afirma: “a espiritualidade é única, ela possui elementos comuns a todas as religiões, como respeito, amor, fé, esperança, ética, verdade, bondade, igualdade, liberdade, livre-arbítrio, dentro outros, é o oposto do materialismo”. Ainda nesta linha conceitual, “com efeito, o espiritualismo é o oposto do materialismo. Quem quer que acredite haver em si alguma coisa mais do que matéria, é espiritualista” (KARDEC, 2017, p. 13).

O palavra espiritualidade pode ser considerada como gênero de que são espécies todas as correntes religiosas, assim, “quando queremos identificar um segmento religioso específico, dizemos Catolicismo, Espiritismo, Protestantismo, Budismo, etc. Sendo assim, todo espírita é espiritualista, mas nem todo espiritualista é espírita” (TORCHI, 2008, p. 34).

Direito e Espiritualidade

Em 03 de março de 2013 foi constituída a Associação Jurídico-Espírita do Brasil, com finalidade de promover o estudo e a divulgação da doutrina espírita, fundada nas obras de Allan Kardec, mediante análise e discussão de questões sócio jurídicas, no movimento espírita e nas instituições sociais, além de contribuir para o aprimoramento moral dos profissionais de direito, colaborar com instituições jurídicas, educacionais, beneficentes e afins com o objetivo de aprimorar o atendimento na área jurídica, através de advogado designado ou contratado, visando a administração da justiça e o bem-estar social. João Muller (2016, p. 8), afirma:

O lidador do direito tem, pois, um papel de fundamental importância na construção da paz nos corações humanos, não importando sua religião ou crença. Mas quando esse operador do Direito tem seu raciocínio e seu coração bafejados pelo conhecimento da Doutrina Espírita tal responsabilidade assume especiais feições, ainda mais marcantes. Conciliar o conhecimento da espiritualidade com a experiência profissional jurídica certamente deve ser o grande objetivo que deve ter todo o Espírito reencarnado, portador de uma ficha de trabalho na seara jurídica e que tenha sido iluminado pelas luzes da Doutrina Espírita.

A utilização dos conhecimentos da espiritualidade no dia-a-dia da esfera jurídica nem sempre é fácil, pois exige renúncia, algo que os operadores do direito nem sempre concordam, mas ainda assim, sabe-se que a jurisdição só é invocada quando as pessoas já viram falir todas

as possibilidades de conciliação pessoal entre si. Nos processos judiciais pulsam vidas e não apenas números ou nomes. Além de meras estatísticas, existem histórias humanas, dores emanadas de espíritos reencarnados que merecem atenção. O caráter do homem que praticasse a justiça em toda a sua pureza, seria: “o do verdadeiro justo, a exemplo de Jesus, porquanto praticaria também o amor do próximo e a caridade, sem os quais não há verdadeira justiça” (KARDEC, 2017, p. 391).

O Direito aplicado com ênfase na espiritualidade passa a ser compreendido como um Direito humanista, traçando novos avanços da sabedoria espírita nos meandros da ciência jurídica. Assim, o conteúdo do Direito volta-se essencialmente para a pessoa humana, ou seja, objetivando-se a compreender a personalidade alheia, graças à própria.

Portanto, Direito e espiritualidade, segundo Clayton Reis (2013, p. 7-8):

É uma relação para os novos tempos, reúne temas que nos remetem a uma profunda análise sobre os novos tempos que se descortinam na seara do Direito. Abre nossa mente para o amanhecer de uma nova era, em face da revolução planetária, na direção da descoberta do espírito. O espiritismo, como ciência e filosofia da razão e da lógica, não pode se distanciar dos conteúdos axiológicos da norma, a contrário sensu, possui o inadiável dever de contribuir para a construção de um direito espiritualizado.

No próximo tópico ter-se-á a resposta à segunda indagação, a saber, se a decisão do STJ é uma decisão espiritualizada. Com foco exclusivo nos julgados na Ministra Nancy Andrighi.

A espiritualidade nas decisões da Ministra Nancy Andrighi

A Ministra lembra que, em quatorze anos de atividade do STJ, a falta de acesso de determinadas partes e advogados sempre foi uma preocupação. Para ela, todo cidadão brasileiro tem o direito constitucional de conhecer o magistrado que vai julgar a causa dele. A iniciativa pioneira em fazer audiências pela internet se tornou uma prática no gabinete da Ministra, chegam a quase cinquenta audiências por mês. A magistrada já atendeu advogados de todos os Estados do País, comenta:

A tecnologia para ajudar nos valores mais emocionais e sentimentais, veja que tranquilidade, para a parte, quando o advogado afirma: eu falei hoje de manhã com a Ministra, eu pude explicar quais as razões do seu pedido. Tudo isso caminha para aquele algo superior que eu sempre busquei na magistratura que é a humanização do nosso trabalho (ANDRIGHI, 2013).

Nas palavras de Clayton Reis, foi a Ministra Nancy Andrighi que, de forma inédita, iniciou o caminhar jurídico por essa linha de conduta, pois atualmente seus julgados estão cheios de espiritualidade, in verbis:

A nova ordem jurídica propõe uma conduta humanística para o homem que opera o direito. Afinal, a norma jurídica foi criada para equacionar os conflitos humanos. Não se justifica uma ordem legal desumana. A pessoa humana é o centro do Direito e, como tal, deve ser tratada sob essa condição (ANDRIGHI, *apud* REIS, 2013, p. 08).

Na novel *decisum*, que decretou condenação ao pagamento de danos morais em decorrência do abandono afetivo, a Ministra Andrighi, relatora, trouxe à baila excerto da obra *O cuidado como valor jurídico*, de Tânia da Silva Pereira, para esclarecer e fixar no entendimento humano a noção de cuidado como dever jurídico, assim:

O cuidado como expressão humanizadora, [...] também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem [...]. O ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana (PEREIRA, *apud* ANDRIGHI, 2012, p. 09). (Grifo nosso)

Continuando sobre o cuidado como valor fundamental, verbis:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar (ANDRIGHI, 2012, p 10). (grifo da autora)

Depreende-se ser o vínculo não apenas afetivo, mas também ser vínculo legal que une pais e filhos, logo os deveres inerentes ao poder familiar são imutáveis do ponto de vista social ou jurídico, especificamente o dever de cuidado dos pais quanto aos filhos, com a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio psicológico da criança.

O dever de cuidado dos pais com os filhos deve ser entendido como condição baseada na dignidade da pessoa humana e corolário daqueles que desejam ter filhos, ainda que a relação conjugal não subsista, jamais o pai ou a mãe deve se afastar da prole, deve haver sempre o esforço a fazerem-se presentes nos momentos mais necessários junto às crianças. Por isso, no intuito de ratificar o entendimento do dever de cuidado tanto na esfera social e jurídica, eis o posicionamento à luz da espiritualidade⁶:

Os pais da Terra não são criadores e sim zeladores das almas, que Deus lhes confia no sagrado instituto da família. Os seus deveres são austeríssimos, enquanto é do alvedrio superior a sua permanência na face do globo [permanência no planeta Terra, no plano físico da matéria]; mas, aquém das fronteiras da carne, é preciso que considerem os filhos como irmãos bem amados. [...] Nem todos sabem cumprir as obrigações paternas e eu te felicito pelo constante desejo em bem cumpri-las. Se bem souberes proceder dentro da nossa grande família das almas, ser-te-á permitido velar pela tua pequena família humana, no minúsculo recanto da terra em que viveste (DEUS, Maria João de [ESPÍRITO], 2016, p. 41-42).

Nesta linha de pesquisa apresentada, é comum surgir impressões impactantes naqueles leitores que nunca se depararam com este ponto de vista tão distinto do comum. Na maioria dos casos, ocorre porque estão acostumados a perceber o direito como técnica de ordenamento social – direito positivo, há anos no domínio do pensamento jurídico. Ainda assim, Andréa Ferreira (2015, p. 12) acalenta a discussão:

Percebe-se, assim, que a ciência do Direito necessita urgentemente superar o paradigma racionalista de maneira a incorporar ao intérprete a dimensão do sensível, da espiritualização, do humanismo, enfim, de todos os pressupostos necessários para se alcançar o tão almejado Direito pautado na retidão e na humanização de seus conceitos e normas, para então se alcançar uma prática mais eficaz possível. (Nosso grifo)

Pelo exposto, a resposta à segunda indagação/problema da pesquisa é positiva, ou seja, a decisão do STJ em possibilitar a condenação de um pai ao pagamento de valor relativo a da-

⁶ Mensagem de Maria João de Deus, mãe de Francisco Cândido Xavier, desencarnada em 29 de setembro de 1915, após chegada ao mundo espiritual passou a ser esclarecida por seu mentor intelectual, também chamado de guia espiritual. Ela não pôde receber uma educação esmerada; mas, todos os que a conheciam, afirmam que os sentimentos do seu coração substituíram a cultura que lhe faltava. Chico contava cinco anos quando sua mãe desencarnou; mesmo assim, nunca pôde esquecê-la e a seu espírito generoso afirmava que devia os melhores instantes de consolo espiritual da sua vida. Chico mencionou estas palavras em 25 de julho de 1935, em Pedro Leopoldo, MG, no livro *Cartas de uma morta*.

nos morais pelo abandono afetivo de filho está estritamente abrangida de preceitos espirituais que a relatora buscou para proferir decisão que possa ser entendida como uma reflexão aos casais para que se esforcem sempre para evitar o distanciamento de seus filhos, ainda que a relação conjugal não prospere, favorecendo a harmonia familiar, e a conseqüente paz social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilização por abandono afetivo não deve ser atribuída e deferida a qualquer tipo de pedido requerido ao Poder Judiciário, mas deve o operador do direito observar cada caso concreto e julgar de acordo com suas peculiaridades.

A primeira indagação da pesquisa foi solucionada com a apresentação das tabelas 1 e 2, a primeira expôs exaustivamente os dispositivos legais e constitucionais fundamentadores da decretação de dano moral por abandono afetivo; a segunda, apresentou doutrina de vários operadores do direito, de norte a sul do Brasil, argumentando positivamente o dever de reparação civil por abandono afetivo. Portanto, do ponto de vista da lei brasileira são claros os dispositivos fundamentadores da decisão do STJ. Referente à doutrina, confirmou-se ser majoritário o entendimento do dever de indenizar. Até diante do exercício proposto com a exposição das opiniões divergentes, estas restaram irrazoáveis e ultrapassadas.

A segunda indagação também teve resposta positiva, ou seja, a decisão do STJ em possibilitar a condenação de um pai ao pagamento de valor relativo a danos morais pelo abandono afetivo de filho está estritamente abrangida de preceitos espirituais que a relatora buscou para proferir decisão que possa ser entendida como uma reflexão aos casais para que se esforcem sempre para evitar o distanciamento de seus filhos, ainda que a relação conjugal não prospere.

Ainda que cause estranheza em alguns leitores, este estudo instiga não só aos operadores do Direito, mas a outras pessoas quaisquer que sejam o ramo de atuação, a buscar um outro olhar sobre sua condição existencial, e a perceber que, na seara judicial, por trás dos processos, há vida pulsante, com desejos, sentimentos, obrigações, vontades, dentre outros. Com esta decisão inédita do STJ, percebeu-se o fortalecimento do paradigma Direito e espiritualidade.

No que se refere à espiritualidade, jamais na história da civilização uma doutrina prestou-se a explicar os mistérios da existência como o espiritismo, utilizando sempre da lógica irrefutável e da racionalidade, conferindo sentido aos fatos investigados.

Conclui-se que esta atividade de investigação empírica e racional ocorreu no julgado da Ministra Nancy Andrighi, quando verificou que não podia negar ao cuidado status de obrigação legal, acrescentando que se assim o fosse, importaria na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e ao adolescente, expressa na parte final do art. 227 da Constituição Federal: "(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)", elevando o cuidado à categoria de obrigação legal.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Diracy Nunes. O abandono afetivo inverso e material dos filhos e netos em relação aos pais e avôs idosos gera a responsabilidade civil? Revista Eletrônica Direito de Família. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará/ESM-PA. v.1, n 6, p. 89, jan. 2017. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=383907>>. Acesso em 19 set. 2019.
- ANDRIGHI, Nancy. Humanização do Judiciário. [arquivo de vídeo], (3:13min). Publicado em: 21 nov. 2013. Canal: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=xE2Ek9BkUCM>>. Acesso em: 31 ago. 2019.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 set. 2019.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 set. 2019.
- Convenção sobre os Direitos da Criança. Decreto nº. 99.710 de 21 de novembro de 1990.
- Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 set. 2019.
- Lei nº. 12.318 de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.
- Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 07. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em 28 ago. 2021.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. Abandono afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Publicado em 10 ago. 2017. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2017/08/10/abandono-afetivo-reflexoes-partir-do-entendimento-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 24 set. 2019.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DEUS, Maria João de (Espírito). Cartas de uma morta. [Psicografado por Francisco Cândido Xavier], 17. ed. São Paulo: Lake, 2016.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DOUGLAS, William. In O abandono afetivo da criança (documentário acadêmico). [arquivo de vídeo], (23:24min). Publicado em: 02 dez. 2015. Canal: Daniel Mateus. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HoKK7J9dn38&t=1055s>>. Acesso em: 20. Set. 2019.
- FERREIRA, Andréa Fonseca. A difícil arte de sensibilizar o direito: reflexões em torno da necessária inclusão da espiritualidade e do humanismo no Poder Judiciário. Biblioteca digital do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 93. ed. 2015. Disponível em: < <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/8420>>. Acesso em: 28 ago. 2021.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 12 ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/>>

Tribunal de Justiça. Dje: 10 maio 2012.

REIS, Clayton. Temas de Direito e espiritismo: uma relação para os novos tempos. Prefácio. Org. Gustavo Machado. Fortaleza: Premium, 2013. 152p.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. In Resp. nº .1159.242-SP (2009/0193701-9). Rel. Min. Nancy Andrighi. 3ª T. Superior Tribunal de Justiça. Dje. 10 maio 2012. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1159242&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 set. 2019.

SILVA, Unias. AC nº 408.550-5/TJMG. 7ª Câmara Cível. DJe. 01 abr. 2019. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/2262/2148>>. Acesso em: 25 set. 2019.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2037-Manual-de-Responsabilidade-Civil-2018-Flvio-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2019.

Flávio. Responsabilidade civil no direito de família. [arquivo de vídeo], (44:50min). Publicado em: 06 set. 2019. Canal: OAB TV ES. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aKNdOjh9s7g&t=2302s>>. Acesso em: 22 set. 2019.

TORCHI, Christiano. Espiritismo passo a passo com Kardec. 2. ed. Rio de Janeiro: FEB, 2008.

UYEDA, Massami. In Resp. nº 1159.242-SP (2009/0193701-9). Rel. Min. Nancy Andrighi. 3ª T. Superior Tribunal de Justiça. Dje. 10 maio 2012. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1159242&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 set. 2019.

A ressocialização como efeito da pena: a expectativa social acerca da ressocialização

Roberto Werb

*Policial Penal da SSP/RS. Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil-ULBRA.
Graduado em Recursos Humanos pela UNILASALLE-CANOAS/RS.
Pós-graduado em Direito Penal e Direito Constitucional*



RESUMO

Este estudo tem como objetivo discorrer acerca da execução da pena, abordando os princípios norteadores e o processo de (re)inclusão do apenado por meio do trabalho humanizado. Diante do fato de que nossa Constituição Federal vede a pena de trabalhos forçados, a Lei de Execução Penal torna o trabalho obrigatório àquele recluso em estabelecimento penal. Importantes entendimentos doutrinários e jurídicos serão demonstrados a fim de que se possa compreender o trabalho prisional não como meio de pena, mas sim de reintegração e ressocialização. A profissionalização é uma vital contribuinte para diminuição da reincidência criminal. O estudo dos principais Princípios regedores da execução da pena é fundamental para uma clara conexão do tema à realidade do Sistema Penal brasileiro, tendo em vista a necessária participação social nesse processo. Os resultados alcançados servirão como subsídio ao processo de conscientização social acerca da ressocialização como peça fundamental no qualificado combate à criminalidade que aflige a sociedade brasileira.

Palavras-chave: princípios penais. ressocialização. constituição federal. trabalho obrigatório.

ABSTRACT

This study aims to discuss the execution of the sentence, addressing the guiding principles and the process of (re)inclusion of the convict through work. Although our Federal Constitution prohibits the penalty of forced labor, the Criminal Execution Law makes work mandatory for inmates in a penal establishment. The results achieved will serve as a subsidy to the process of social awareness about resocialization.

Keywords: criminal principles. ressocialização. federal constitution. work required.

INTRODUÇÃO

“[...] a melhor prisão é, sem dúvida, a que não existe” BARATTA.

O presente trabalho tem por seu objeto de análise a questão da punibilidade no Brasil, em tempos onde o debate a respeito da situação de nossas casas de detenção toma uma proporção maior com a superlotação, a situação estrutural dos presídios, a falta de agentes e o domínio das facções dentro e fora dos estabelecimentos penais. Assim, o conhecimento da legislação e doutrina sobre o cumprimento da pena se torna ainda mais relevante para que se compreenda, e tenha firme o propósito de entender o real quadro do sistema carcerário brasileiro. Para isso, far-se-á uso da metodologia de pesquisas bibliográfica e de levantamento, por meio da atuação do próprio autor em estabelecimentos penais.

Apesar de assim estabelecer a legislação atual vigente, - a qual tem por objetivo ressocializar o apenado, após sua devida punição pelo delito que cometera, a fim de que ele retorne para o conjunto da sociedade como um indivíduo saudável - os estabelecimentos penais brasileiros não têm conseguido fazer com que essa legislação seja cumprida e com que esse propósito se torne realidade. De fato, o que se vê são conflitos dentro dos presídios tomados por facções, uma situação estrutural deveras em esfacelamento, além da superlotação, falta de infraestrutura e outras ferramentas mínimas ao razoável funcionamento do sistema, de modo que, ficando

comprometido o propósito inicial, o indivíduo não consiga sua reinserção na sociedade e acabe por se aprofundar ainda mais no submundo do crime.

No desenvolvimento deste trabalho, pretende-se, de forma breve, apontar os principais pontos acerca do surgimento da pena e dos Princípios basilares que regem sua aplicação. De modo que sua aplicabilidade não seja pusilânime, nem nefasta. O Estado como ente garantidor do harmônico convívio social não pode se eximir de sua responsabilidade em vigiar e punir, mas que esta ação se dê de forma recuperadora, e não apenas punir por punir. Nesta linha, é o posicionamento de Foucault:

A reforma propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias do direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir. (Grifo do autor)

Finalmente, serão considerados aspectos demonstrativos de que o declínio do sistema penal brasileiro não atinge somente os apenados e seus familiares, mas toda a sociedade, seja de forma direta ou indireta. A visão deturpada de que presídios devam funcionar tão somente como depósitos de pessoas que não souberam cumprir o contrato social resulta no agravamento comportamental destas, as quais, mais dias ou menos dias, retornarão ao meio social ainda mais perversas, reincidindo no cometimento de crimes e devolvendo o tratamento desumano recebido à sociedade.

A EVOLUÇÃO DA PENA

Desde os primórdios da humanidade, o ato de cometer um delito, ou cometer algo que desagrade a uma força maior dominante, tinha como retribuição alguma punição. Ainda não havia sido construído o aspecto formal da pena, mas havia, como ato consequente ao delito, uma consequência que se impunha àquela pessoa, fazendo-a retribuir o ato cometido e não permitindo uma reincidência de conduta. A evolução da pena passa desde os tempos mais antigos, onde destaca-se a conhecida Lei de Talião (Olho por olho, dente por dente), na qual se cometia como forma de punição um ato da mesma gravidade que o original que gerou a situação. Evidencia-se, com o tempo, uma codificação prevendo penas para determinados crimes, de modo que se padroniza uma punição a um referido crime cometido por homens livres, o Código de Hamurábi.

As penas, em um primeiro instante, possuíam natureza meramente vingativa, não tentando corrigir o delito, muito menos a reeducação do criminoso, sendo marcadas pela extrema crueldade com a qual era aplicadas, conforme esclarece Teles (2006, p. 314):

As primeiras penas eram manifestações de vinganças individuais, extremamente severas e absolutamente desproporcionais, arbitrárias e excessivas. O próprio ofendido ou alguém por ele, geralmente um seu parente de sangue, exercia o direito de punir, impingindo ao agressor do interesse a pena que bem entendesse, em qualidade e quantidade.

O surgimento de um Direito Penal mais organizado e de doutrinadores que começam a questionar o papel da punição, ou seus limites, de modo que ela tenha algum propósito além da retribuição do mal causado, permite que possamos entender o início do conceito atual de pena. Logo, ao passar disso, os eventos históricos, como a Revolução Francesa, e o crescimento da interpretação e da doutrina, permite que haja uma grande evolução na punição que é aplicada

ao cometimento de um delito. Assim, os questionamentos constantes e as mudanças trazidas pelos eventos históricos propõem um avanço da humanização no direito penal, em que pese, de evolução e forma desigual no ordenamento do sistema jurídico de cada país.

O Brasil teve por primeira legislação penal o livro V das Ordenações Filipinas, que tem as características relevantes a sua época, tendo a pena de morte considerada como punição para vários de seus delitos. Percebe-se no uso da pena de morte uma forma de trazer medo, um temor generalizado que faça com a população não infrinja as leis vigentes. Com passar do tempo, com a independência, existiu a preocupação de ter uma legislação penal oriunda dos quadros internos do país, e cria-se o Código Criminal de 1830. Mais à frente, com o passar dos anos, a abolição da escravatura, a proclamação da República, e o início do Estado Laico, e, principalmente, o avanço dos doutrinadores em questionar a pena, fez-se necessária uma nova legislação penal, surgindo assim o Código Penal de 1940. Este, por sua vez, sofreu reformas em 1984, tais quais serviram, inclusive, de preceitos para a Constituição federal de 1988. Esta alteração parte de uma nova concepção, um olhar mais voltado ao Estado Democrático de Direito, se aproximando, com toda certeza, dos objetivos finais do Direito Penal.

De acordo com Fernando Capez (2001, p.19), a função do Direito penal é:

A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc. denominados jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas, sobretudo pela celebração de compromisso éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela a convicção da sua necessidade e justiça.

Nota-se que é esquecido ou abandonado o conceito de pena como forma de retribuição pela prática delituosa, ou a intimidação ou temor dirigido ao coletivo, para prevenir futuros delitos. E aqui recebemos uma nova compreensão da readaptação social, onde, uma pena ganha mais um propósito: reeducar aquele apenado, de modo que, readaptado, volte ao convívio da sociedade. Esse novo modelo penal vem norteado por Princípios que passarão a ser estudados no próximo capítulo.

PRINCÍPIOS GERAIS DA PENA

Para a boa aplicação do Direito, em geral, e para a efetivação da norma no processo, em especial, o intérprete não pode prescindir de uma visão Principiológica, fundada, primordialmente, na Constituição Federal.

O vocábulo Princípio se refere a normas de um alto grau de generalidade, e, também, de um alto grau de indeterminação. Sua própria definição é suficiente para traduzir sua posição no ordenamento jurídico: “princípios são proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Novo dicionário da língua portuguesa)

Em especial, há de destacar-se que muitas vezes existe uma confusão entre os Princípios gerais do Direito Penal com os Princípios específicos da pena. Assim sendo, neste trabalho cuidaremos tão somente dos princípios que dizem respeito à aplicação da sanção penal.

Princípio da Legalidade

Fundamentou-se nas ideias iluministas de Rousseau e encontrou seu apogeu ao ser inserido na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Em nosso ordenamento jurídico, vem explícito na Carta Magna, em seu artigo 5º, II, o qual estabelece: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Este princípio esclarece que o Estado é um garantidor dos direitos e garantias dos homens, pois recebeu esta incumbência da sociedade (Teoria do Contrato Social). Deste modo, seguindo o pensamento de Rousseau de que existem certos direitos que são inerentes ao ser humano e que tais prerrogativas não podem ser transmitidas a ninguém, sob pena de se perder a condição de ser humano, encontra-se assim no princípio ora em análise uma limitação ao poder punitivo do estado.

Com a expansão dos ideais iluministas ao longo dos tempos, o Princípio da Legalidade tem servido de paradigma quase que obrigatório na maioria das legislações penais modernas nas quais exista um Estado Democrático de Direito.

Princípio da Personalidade

Princípio da personalidade ou intransmissibilidade: este princípio tende a garantir que a pena seja aplicada tão somente ao condenado, não atingindo os seus sucessores, descendentes ou ascendentes.

Reconhecido pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLV, o princípio em questão estabelece que:

[...] nenhuma pena passará da pessoa do condenado podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Como já dito anteriormente, trata-se de Princípios penais, haja vista que a condenação de âmbito penal não ultrapassará da pessoa do condenado, como ilustrado no artigo acima. Entretanto, a cominação de âmbito civil passará aos sucessores, os quais arcarão até o limite da herança recebida, caso existente.

Princípio da Individualização da Pena

Em síntese, o princípio em comento preceitua que o Estado deve evitar o uso de penas padrões, devendo procurar aplicar a cada indivíduo transgressor da Lei uma pena exata e merecida.

Esse princípio sofre uma fragmentação, a saber: Individualização legislativa, Individualização judicial e a Individualização administrativa, as quais ecoam nas palavras de Cleber Masson (2017, p. 49):

No prisma legislativo, é respeitado quando o legislador descreve o tipo penal e estabelece as sanções adequadas, indicando precisamente seus limites, mínimo e máximo, e também as circunstâncias aptas a aumentar ou diminuir as reprimidas cabíveis.

A individualização judicial complementa a legislativa, pois aquela não pode ser extremamente detalhista, nem é capaz de prever todas as situações da vida concreta que possam

umentar ou diminuir a sanção penal. É efetivada pelo juiz quando aplica a pena utilizando-se de todos os instrumentais fornecidos pelos autos da ação penal, em obediência ao sistema trifásico delineado pelo art. 68 do Código Penal (pena privativa de liberdade), ou ainda ao sistema bifásico inerente à sanção pecuniária (CP, art. 49).

Finalmente, a individualização administrativa é efetivada durante a execução da pena, quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular, mediante tratamento penitenciário ou sistema alternativo no qual se afigure possível a integral realização das finalidades da pena: retribuição, prevenção (geral e especial) e ressocialização.

Dessa maneira, tal Princípio acarreta que cada condenado deverá cumprir pena em estabelecimento específico, com distinção de sexo, de acordo com o crime cometido. Esta segunda implicação do princípio da individualização da pena está prevista no Art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal:

Art. 5º, XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Por fim, resta cristalino que a pena não pode ser universal, padronizada e coincidente a todos aqueles acometedores de determinado crime. Deve ser adequada de forma individual, específica, dessemelhante e díspar a cada caso concreto, em outras palavras, o Princípio da Individualização da Pena vem para estabelecer que cada condenado deve cumprir sua pena na medida em que esta lhe for justa, levando-se em conta todo seu contexto e as circunstâncias da prática do crime.

Princípio da Proporcionalidade

Tal princípio surge como forma de limitação do Estado quanto ao seu direito/dever de punir. Limitação esta que se faz fundamental num Estado democrático de direito, tendo em vista a proteção dos direitos individuais. O Estado deve assegurar que exista proporcionalidade entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.

Na definição do professor Paulo Bonavides (2004, p.394), crê-se estar bem assentada a ideia do princípio em exame:

Chegamos, por conseguinte, ao Estado democrático de direito, à plenitude da constitucionalidade material. Sem o princípio da proporcionalidade aquela constitucionalidade ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos perpetrados com o preenchimento do espaço aberto pela Constituição ao legislador para atuar formulativamente no domínio das reservas de lei.

Quanto à natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, não deve restar dúvida de que se trata de Princípio jurídico regulador dos conflitos entre direitos fundamentais e demais Princípios insculpidos na Constituição Federal.

Princípio da Necessidade

O princípio da necessidade ou intervenção mínima tem como principais destinatários: o legislador e o intérprete do Direito. Ao legislador recomenda moderação no momento de definir as condutas protegidas penalmente, evitando tornar todo comportamento um crime. A este implica não recorrer à tipicidade penal quando constatar a possibilidade de satisfação da lide por outros ramos do Direito, em que pese a existência do tipo penal incriminador.

Cleber Masson (2017, p. 52) afirma que:

Surgia o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico.

Justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da dignidade dos cidadãos, o Princípio da Necessidade exige que se recorra a ela apenas como remédio extremo. Se o Direito Penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua absoluta necessidade são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias.

Princípio da Humanidade

Este princípio procura reconhecer na pena uma utilidade futura, isto é, uma possibilidade de ressocializar o indivíduo-infrator da lei para que este possa voltar ao convívio na sociedade recuperado. As proibições não devem somente ser dirigidas à tutela de bens jurídicos como, também, devem ser idôneas. Obriga a considerar injustificada toda proibição da qual, previsivelmente, não derive a desejada eficácia intimidatória, em razão dos profundos motivos – individuais, econômicos e sociais – de sua violação; e isso à margem do que se pense sobre a moralidade e, inclusive, sobre a lesividade da ação proibida.

O Direito não pode ser cúmplice de barbáries e vinganças, as quais anseiam por uma desproporção ao penalizar o indivíduo criminoso. Michel Foucault (2002, p. 63) tece uma consideração interessante, “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando os punimos: sua ‘humanidade’”. Então, por mais deplorável que seja o criminoso, não se pode deixar de considerar que apesar de tudo, trata-se de um ser humano, devendo este receber tratamento digno, que o destine para a humanização e não o contrário.

A SOCIEDADE E A EXPECTATIVA ACERCA DA RESSOCIALIZAÇÃO

O padrão disciplinar imposto pelo sistema penitenciário brasileiro é visto pela sociedade como um sistema falido que ao invés de cumprir seu papel ressocializador, consegue transformar o preso numa criatura ainda mais delinquente. A sociedade enxerga a prisão como um curso de especialização do crime – e não está deveras errada. Pois além de ser um estabelecimento superlotado e sem as condições mínimas de saúde, os que lá estão ficam no ócio, criando maneiras de se profissionalizar no crime e não no trabalho.

A sociedade espera que o Estado tome providências no sentido de efetivar a possibilidade de que apenados trabalhem a fim de se profissionalizarem e inclusive arcarem com suas despesas enquanto reclusos, conforme preceitua a Lei de Execução Penal (LEP), abaixo:

Art. 149. Caberá ao Juiz da execução:

I - designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões; II - determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena; III - alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.

§ 1º o trabalho terá a duração de 8 (oito) horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz.

§ 2º A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

A Lei de Execução Penal, nº 7.210/1984, conhecida abreviadamente por LEP possui em seu texto:

“Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Diante dessa previsão, resta clarificada a intenção legal por um tratamento que procure resgatar a moral e a dignidade do apenado, mostrando que o indivíduo faz parte de um sistema social e que este deve receber um tratamento recuperador e reintegrador, capaz de proporcionar seu retorno ao meio social de forma satisfatória. Pois, em geral, a sociedade, por estar insatisfeita com esse sistema, necessita visualizar resultados positivos e notar que o seu dinheiro está sendo investido de maneira a contento, resultando numa melhoria para o meio social.

Nesse sentido são as palavras do doutrinador Bitencourt (2011, p. 540):

O trabalho prisional é a melhor forma de ocupar o tempo ocioso do condenado e diminuir os efeitos criminógenos da prisão e, a despeito de ser obrigatório, hoje é um direito-dever do apenado e será sempre remunerado.

Pelo até aqui exposto, pode-se inferir que o trabalho é fundamental nesse processo de recuperação do indivíduo por meio da profissionalização, pois não adianta de nada excluir o apenado da sociedade e não lhe ensinar outra maneira de viver que não por meio do crime. É sabido que caso não seja ressocializado, o indivíduo penalizado voltará às ruas e continuará a cometer crimes, pois nada de novo lhe foi acrescentado durante sua permanência na prisão, afora os efeitos negativos do aprisionamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo do presente trabalho, crê-se ter abordado os principais pontos no tocante a penas e ressocialização, em que foi explicado, ainda que brevemente, os mais importantes Princípios que regem o quantum das penas, de maneira que sua aplicação seja sempre na medida suficiente em que favoreça a sociedade.

É fundamental a compreensão dos Princípios, principalmente aos aplicadores do Direito, uma vez que serão eles que terão que decidir o destino de outras pessoas, optando sempre pela pena mais benéfica à sociedade, levando-se em consideração a necessidade de uma atuação minimamente impactante por parte do Estado, mas capaz de implicar resultados positivos do seu agir.

Dessa forma, conclui-se que de acordo com a doutrina majoritária assim como em consonância ao ordenamento jurídico brasileiro, o trabalho prisional aos sentenciados à pena privativa de liberdade corresponde ao anseio social. A sociedade espera por resultados entusiasmantes, pela redução da criminalidade, pelo uso da mão de obra carcerária, seja em obras públicas, seja em parcerias público-privadas, pela ressocialização e, principalmente, pela redução da marginalidade e criminalidade, a atuação Estatal precisa ser efetiva no combate preventivo ao crime, e, quando já consumado, na redução da reincidência criminal.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado. 1990. Disponível em <http://www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf>, acessado em 20 de outubro de 2021.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão; tradução de Raquel Ramallete. 39. Ed. Petrópolis: Vozes, p. 79, 2011.

TELES, Ney Moura. Direito penal: parte geral, Art. 1º a 120. v.1. 2.ed. São Paulo: Atlas,2006.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Novo dicionário da língua portuguesa.

BRASIL, Constituição Federal 1988, Artigo 5º, inciso II.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MASSON, Cleber. Direito Penal. Parte Geral-vol.1. 11ª ed. rev., atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm acesso em 13 de novembro de 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Lei Maria da Penha: tipos de violência e formas de assistência

Maria da Penha Law: types of violence and forms of assistance

Gleuberson Silva dos Santos

Universidade do Norte - UNINORTE

<http://lattes.cnpq.br/8162433965134278>

Denilson Carlos da Silva Mello

Universidade Luterana do Brasil - ULBRA

<http://lattes.cnpq.br/9754502586243712>



RESUMO

A Lei Maria da Penha, lei nº 11.340/06, é o dispositivo, vigente, de maior relevância no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Ela prevê em seu bojo os tipos de violência como sendo física, psicológica, moral, sexual e patrimonial, assim como as formas de assistência às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Este estudo tem como objetivo discutir os tipos de violência e as formas de assistência, dada à mulher vítima de violência doméstica e familiar, previstas na Lei Maria da Penha. Para tanto, a metodologia utilizada para tal foi a pesquisa teórico-qualitativa, baseada em material bibliográfico especializado da área. Considera-se que os tipos de violência doméstica e familiar contra as mulheres e as formas de assistência dadas a essas mulheres - previstas na Lei Maria da Penha - são mecanismos de fundamental importância no enfrentamento à violência contra as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. violência doméstica e familiar contra a mulher. tipos de violência. formas de assistência.

ABSTRACT

The Maria da Penha Law, law no. 11,340/06, is the most important device in the fight against domestic and family violence against women. It predicts in its bulge the types of violence as being physical, psychological, moral, sexual and patrimonial, as well as the forms of assistance to women victims of domestic and family violence. This study aims to discuss the types of violence and forms of assistance given to women victims of domestic and family violence, provided for in the Maria da Penha Law. For this, the methodology used for this was the theoretical-qualitative research, based on specialized bibliographic material in the area. It is considered that the types of domestic and family violence against women and the forms of assistance given to these women - provided for in the Maria da Penha Law - are mechanisms of fundamental importance in coping with violence against women victims of domestic and family violence.

Keywords: Maria da Penha Law, domestic and family violence against women; types of violence, forms of assistance.

INTRODUÇÃO

Durante o processo de formação das sociedades, homens e mulheres foram assumindo diferentes funções na ordem social, onde o homem era associado à função de autoridade, devido sua força física e poder de mando. E à mulher caberia a função reprodutora, sendo considerada mais frágil para assumir papel de liderança, condição esta que favoreceu a submissão ao homem. A mulher era vista como uma “propriedade”, primeiro do pai, a quem devia obediência, principalmente quando lhe era arranjado casamento, como se fosse um acordo comercial. E depois de casada virava propriedade do marido, a quem ela assumia a obrigação de servir e obedecer, além do dever de ser boa esposa, mãe e dona de casa. (BESSA, 2007).

No Brasil, antes da colonização, os povos indígenas que aqui habitavam tinham costumes diversificados onde, a depender da tribo, a mulher assumia diferentes funções, desde dona de casa à escrava dos próprios maridos, os quais tinham sobre elas o direito e a capacidade de

lhes darem ordens. Já com a chegada dos colonizadores, em 22 de abril de 1500, as mulheres indígenas, na escassez de mulheres brancas, eram obrigadas a manterem relações sexuais com esses. Porém, com a desaprovação da igreja, a essa situação, mulheres brancas em certas condições eram trazidas pela Coroa Portuguesa para se casarem com os portugueses que aqui estavam. (PEREIRA, 2010).

No livro “História das Mulheres no Brasil”, no capítulo intitulado “Mulheres nas Minas Gerais”, o autor assevera que:

Se ouvirmos com atenção o discurso da Igreja, não será notada diferenciação entre afeto e violência. É possível perceber que os visitadores episcopais que julgavam os comportamentos da população não distinguiam qualitativamente o parceiro que espancava sua mulher daquele que lhe dedicava um afeto extremado (FIGUEIREDO, 2004, p. 181).

Ou seja, a mulher tinha um papel indiferente na relação conjugal, era vista como quem tinha apenas a função de servir aos propósitos do homem. Diante disso, para coibir essa cultura de violência doméstica e familiar, em 2006, entrou em vigor a Lei 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, que para muitos especialistas, é um dos melhores mecanismos já criado para combater os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Dado a sua importância, a Lei Maria da Penha, passou a ser “[...] reconhecida pela ONU como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres” (MORENO, 2014, p. 1).

Portanto, considerando a relevância da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, a problemática levantada nesta pesquisa se deu mediante a seguinte indagação: quais são as formas de violência e o tipo de assistência dada à mulher vítima de violência doméstica e familiar previstas na Lei Maria da Penha?

Para apresentação deste estudo, a estrutura do presente estudo encontra-se dividido da seguinte maneira: o primeiro ponto apresenta as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher; e, o segundo ponto discute as formas de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar. Muitos outros pontos, que também são extremamente relevantes, poderiam ser abordados, mas, para fins do que se pretende apresentar, os pontos em pauta atendem o objetivo desta pesquisa.

FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A lei Maria da Penha, nº 11.340/06, objetiva proteger todas as mulheres independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, para isso, a norma preconiza em seu Art. 7º os tipos de violência contra a mulher que devem ser coibidos, os quais são: violência física, psicológica, moral, sexual e patrimonial.

A violência física é compreendida como “toda e qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal” (BRASIL, 2006, p. 1). Deste modo, compreende-se que essa forma de violência vai desde a forma mais branda de violação da saúde até a mais extremada, que é o homicídio. E neste caso, crime tipificado como feminicídio, que é o assassinato de mulher em razão do gênero, conforme Artigo 121, §2º, inciso VI, §2º-A, inciso I e II do Código Penal Brasileiro - CPB:

Art. 121 – Matar alguém: §1º...., § 2º se o homicídio é cometido: VI – contra mulher por razão da condição de sexo feminino: § 2º -A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - Violência doméstica e familiar; II - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 1940, p.18).

A violência psicológica, uma das formas de violência elencada no artigo 7, inciso II, da Lei Maria da Penha, é:

[...] entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (BRASIL, 2006, p. 1).

Alguns exemplos práticos desse tipo de conduta são: "Você está equivocada", "você está delirante", "é coisa da sua cabeça", "você está vendo coisas". E, claro: "você está louca" (ISSO..., 2021, online). Frases como essas, acompanhadas de um olhar ameaçador, podem suscitar abalos psicológicos em uma mulher, ocasionando uma situação de violência.

Podemos acrescentar ao rol de condutas de violência psicológica o *gaslighting*, que para psicóloga e professora da Universidade de Brasília/UnB, Valeska Zanello, “é uma manipulação psicológica onde o autor dessa violência tenta criar na vítima uma dúvida acerca da própria percepção, e inclusive da própria sanidade mental” (ISSO..., 2021, online), ou seja, é uma forma de abuso psicológico, no qual “[...] as informações são distorcidas, seletivamente omitidas para favorecer o abusador ou simplesmente inventadas com a intenção de fazer a vítima duvidar de sua própria memória, percepção e sanidade” (MELLO e PAIVA, 2019, p. 87).

Gaslighting diz respeito “[...] à violência emocional por meio da manipulação psicológica, que leva a mulher e todos ao seu redor acharem que ela enlouqueceu ou que é incapaz” (STOCKER e DALMASO, 2016, p. 683). *Gaslighting* está diretamente relacionado com “[...] a ação de enganar ou controlar alguém, fazendo-a acreditar em coisas que não são verdadeiras, especialmente sugerindo que elas podem estar mentalmente doentes” (GASLIGHTING, 2021, online).

Casos de *gaslighting* podem variar da simples negação por parte do agressor, de que incidentes abusivos anteriores já ocorreram, até a realização de eventos bizarros pelo abusador com a intenção de desorientar a vítima. A psicóloga e professora Valeska Zanello, continua sua fala afirmando que “[...] em geral, principalmente em relações heterossexuais, é comum que os homens pratiquem *gaslighting*. Porque esse aprender a mentir, engabelar, sobretudo mulheres, faz parte do tornar-se homem” (ISSO..., 2021, online).

Além da violência psicológica, supramencionada, a Lei Maria da Penha, em seu art. 7º, inciso III, apresenta uma severa forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, a violência sexual, a qual define como sendo:

[...] qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2006, p. 1).

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS) esse tema é tão urgente, que foi lançado em 2012 o informativo “Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra

a mulher”, o qual descreve que:

A violência sexual e a violência praticada pelo parceiro íntimo afetam uma grande proporção da população – sendo mulheres a maioria que vivencia diretamente essas violências e a maioria que as perpetraram, homens. O dano que elas causam pode durar uma vida inteira e abrange gerações, com efeitos adversos sérios na saúde, na educação e no trabalho.” Organização Mundial da Saúde - Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2012, p. 1).

Já a Violência Patrimonial é a ação do agressor “[...] que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;” (BRASIL, 2006, p. 1).

De todos os tipos de violências elencadas na legislação em apreço, a violência patrimonial é a mais imperceptível para vítima, porque dependendo da consciência desta, se os atos não vierem acompanhados das agressões mais extremas, elas podem ser interpretadas pela vítima como atitudes revistadas de certa justiça, mesmo que lhes cause sentimento de humilhação, indignidade, impotência e outros semelhantes. E esta pode vir a entender que por ele ter lhe dado determinado bem, condição, ou outra conveniência, ele tem o direito de lhe tirar arbitrariamente tudo a qualquer momento. Mas esse sofisma é consequência dos atos de violência praticados pelo abusador, que na verdade tem por objetivo controlar a vítima.

Alguns relatos de violência patrimonial são encontrados corriqueiramente em postagens publicadas na internet, como por exemplo: “Ele tomou o celular da minha mão para eu prestar atenção nele. Pedi meu celular de volta e ele arremessou na parede” ou “ele mandou eu resolver a porra do Pix porque disse que não é obrigado a pagar tarifa para transferir nada para mim”. Ou ainda, “meu ex-marido me levou a pizzaria e não me deixou comer. Disse que se eu quisesse, eu que pagasse, porque disse que eu só queria gostar o dinheiro dele”, Estas situações são corriqueiras no dia a dia de muitas mulheres, mas em muitos casos não são levadas como sendo um crime de violência contra a mulher. (LEWGOY, 2021, online).

Um estudo encomendado pelo C6 Bank ao Datafolha mostrou que as agressões verbais e restrições à participação no orçamento familiar é a forma de violência patrimonial mais frequente no Brasil após a covid-19. Quase metade (47%) dos entrevistados relatou que o impedimento para participar de decisões de compra de produtos e serviços para a casa aumentou na pandemia. Os relatos são mais comuns entre mulheres do que entre homens (LEWGOY, 2021, online).

A violência patrimonial é um dos principais responsáveis pelo perpetuamento do ciclo dos relacionamentos abusivos, ainda mais, quando as mulheres dependem financeiramente do agressor. O que pode ser observado no caso a seguir:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. VIOLÊNCIA PATRIMONIAL. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA.

Fato é que há uma relação familiar entre as partes, pois foram casados e se está diante de uma situação de violência patrimonial motivada pelo gênero pela vulnerabilidade dela em relação ao ex-marido. O acusado não admite o término do relacionamento entre eles e está retendo os objetos pessoais da ex-mulher.

A vítima recorre ao Judiciário, porque tem medo da sua reação, pois ele não aceita a separação. Diante desse contexto, está assinalada a vulnerabilidade e hipossuficiência. Assim, a competência para o exame do procedimento é do Juizado Criminal. Aplicação do artigo 7º, IV, da Lei 11.340/2006.

Outra forma de violência que é praticada contra a mulher, é “[...] a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria” (BRASIL, 2006, p. 1). Ou seja, a violência moral é uma prática que se encontra “[...] intimamente ligada à violência psicológica, que pode ser entendida como comportamentos ofensivos como humilhações, ofensas, gritos, xingamentos, entre outros, que causam danos emocional e diminuem a autoestima das mulheres” (ALBUQUERQUE, 2020, online) .

A ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

O Artigo 9º da lei 11.340/06 estabelece regras referentes à assistência a mulher em situação de violência doméstica e familiar, que deve ser prestada de forma articulada seguindo diretrizes e princípios previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública e demais normas, bem como em conjunto com políticas públicas de proteção visando casos emergenciais.

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso (BRASIL, 2006, p. 2).

Seguindo essas diretrizes, a depender do caso concreto, o juiz determinará a inclusão da vítima no cadastro de programas assistenciais do Governo Federal, Estadual e Municipal. E, objetivando preservar sua integridade física e psicológica, assegurará acesso prioritário à remoção, quando a vítima for servidora pública ou integrante da administração indireta. Conforme previsto no art. 36 da lei nº 8.112 de 1990, a remoção é: “o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede” (BRASIL, 1990, p. 6). Em outras palavras, é o afastamento da vítima do local onde o crime é praticado.

Conforme previsto nos parágrafos 1º e 2º, I, do art. 9º, da Lei nº 11.340/06:

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta; (BRASIL, 2006, p. 2).

Nesse mesmo sentido de preservação à integridade, a lei determina, ainda, a manutenção do vínculo empregatício, mesmo em face do afastamento da vítima do seu local de trabalho, medida essa que pode durar por até seis meses, se necessário. Além, também, do encaminhamento a assistência jurídica para fins de ação de separação judicial, divórcio, anulação de casamento e dissolução de união estável, tudo de acordo com que cada situação pede.

Ou seja, de acordo com o que determina a Lei Maria da Penha, nos incisos II e III, pará-

grafo 2º, artigo 9º, a preservação à integridade da mulher em situação de violência doméstica e familiar será subsidiada pela:

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

III - encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente. (Incluído pela Lei nº 13.894, de 2019) (BRASIL, 2006, p. 2).

No que se refere à natureza jurídica do referido afastamento do local de trabalho, Mauricio Godinho Delgado denomina a suspensão e a interrupção contratual nos seguintes termos:

A suspensão contratual é a sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho no tocante às partes, em virtude de um fato juridicamente relevante, sem ruptura, contudo, do vínculo contratual formado. Já a interrupção contratual é a sustação temporária da principal obrigação do empregado no contrato de trabalho (prestação de trabalho e disponibilidade perante o empregador), em virtude de um fato juridicamente relevante, mantidas em vigor todas as demais cláusulas contratuais (DELGADO, 2017, online).

Questão, no entanto, se trata de suspensão contratual ou interrupção contratual, não se encontra pacificada na Doutrina, e considerando que até pouco tempo houve a Reforma Trabalhista pela lei 13.467/2017, este tema já poderia ter sido abordado e discutido; porém, como não houve tal definição para esta questão, em situações como esta, no caso concreto, além da violência a ser enfrentada, haveria mais a questão das custas deste afastamento. Se esta seria do empregado, mediante a suspensão salarial ou se seria do empregador, que não cessaria o pagamento salarial da vítima afastada judicialmente. (VIEIRA, 2009 *apud* CORBELLINI, 2013, online).

Além das garantias supramencionadas, a Lei Maria da Penha prevê ainda mais garantias, como acesso aos benefícios decorrentes dos avanços científicos e tecnológicos, inclusão nos serviços de contracepção de emergência, profilaxia das doenças sexualmente transmissíveis e quaisquer outros tratamento voltados para mulheres em situação de violência doméstica; há a previsão de prioridade para matricular seus dependentes em instituição de educação básica mais perto de sua residência ou transferência para este, dos quais todas as informações são sigilosas, reservados apenas ao juiz, ao Ministério Público e demais órgãos competentes do Poder Público. (BRASIL, 2006, p. 2).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do estudo em comento foi possível constatar a importância da lei Maria da Penha no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, como sendo um importante instrumento utilizado para coibir, assistir e apoiar mulheres em situação de vulnerabilidade, humilhação e perigo.

A problemática levantada nesta pesquisa se deu mediante a seguinte indagação: quais são as formas de violência e o tipo de assistência dada à mulher vítima de violência doméstica e familiar previstas na Lei Maria da Penha? Questionamento esse que será respondido nos parágrafos a seguir.

Compreende-se que as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, listadas

na Lei Maria da Penha, quais são física, psicológica, moral, sexual e patrimonial, são condutas que necessitam ser coibidas, por serem ações que suplantam os limites pacíficos de convívio entre duas ou mais pessoas, onde a vítima figura o polo mais frágil da relação.

No tocante as formas de violências supracitadas, é manifesto em todas essas a existência de um sentimento de posse, pertencimento e propriedade por parte do agressor sobre a vítima, o que serve de álibi para fomentar crimes ultrajados de condutas normais no psíquico de quem agride, fazendo com que, muitas das vezes, as vítimas acreditem que elas sejam as verdadeiras culpadas das ações truculentas que sofrem de forma gratuita.

Constatou-se que a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar encontra repouso na Lei Maria da Penha, qual deve ser executada em consonância com as diretrizes e princípios das demais leis, normas e políticas públicas de proteção e, nos casos emergências que a invocarem.

Deste modo, essa assistência à mulher passa pela inclusão de seu nome nos programas assistenciais do governo; prioridade no caso de remoção do local de trabalho, sendo essa servidora pública; manutenção do vínculo trabalhista; assistência jurídica no que for preciso, entre outras garantias, no intuito de preservar a integridade física e psicológica da vítima. No entanto, a doutrina não se encontra pacificada no que se refere a suspensão contratual ou a interrupção contratual.

Considera-se que esses tipos de violência doméstica e familiar contra as mulheres, outrora, eram concebidos e aceitos como condutas normais e corriqueiras no seio da sociedade. Porém, com o avanço das discussões a respeito de mecanismos jurídicos para combater esse tipo de crime, a sociedade começa a apresentar movimentos que caminham em direção a paridade de direitos entre homens e mulheres, com intuito de tratar os iguais de forma iguais e os desiguais de forma desiguais. Toda via, foi com a criação da Lei Maria da Penha, lei 11.340/06, que o judiciário brasileiro conseguiu dispor de mecanismos - de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar - para coibir, com eficiência, as ocorrências desse tipo de crime, fazendo com que a Lei Maria da Penha seja considerada, até por organizações como a OMS, como um dos melhores instrumentos de combate à violência contra as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Diante da envergadura dessa temática, salienta-se que a Lei Maria da Penha é um tema de grande relevância para o encadeamento de novos estudos, pesquisas e debates no campo acadêmico e social. Tendo em vista que o conhecimento é um organismo em constante crescimento, essa temática pode ser explorada de forma permanente desencadeando em novos estudos, a contribuir com o desenvolvimento da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Anderson. A violência moral contra a mulher. 2020. Disponível em: <https://www.andersonalbuquerque.com.br/artigo&conteudo=a-violencia-moral-contra-a-mulher?url=artigo&conteudo=a-violencia-moral-contra-a-mulher>. Acesso em: 16 out. 2021.

BESSA, Karia Adriana Martins. O papel da mulher na sociedade ao longo da história. 2007. Disponível em: <https://estelavieira-uminho.blogspot.com/2009/08/o-papel-da-mulher-na-sociedade-ao-longo.html>.

Acesso em: 5 nov. 2021.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília: Congresso Nacional, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Estatuto dos Servidores Públicos. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília: Congresso Nacional, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 13 nov. 2021.

CORBELLINI, Tanise. A Lei Maria da Penha e o contrato de trabalho da mulher violentada. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3546, 17 mar. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23959>. Acesso em: 21 out. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 2017. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/interruptao-suspensao-do-contrato-618983422>. Acesso em: 25 nov. 2021.

FIGUEIREDO, Luciano. Mulheres nas Minas Gerais. In: DEL PRIORE, Mary. História das Mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2004.

GASLIGHTING. Cambridge International Dictionary of English. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2021. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/>. Acesso em: 16 out. 2021.

ISSO tem nome: entenda o que é 'gaslighting', um tipo de violência psicológica. Fantástico, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/quadros/isso-tem-nome/noticia/2021/10/31/isso-tem-nome-entenda-o-que-e-gaslighting-um-tipo-de-violencia-psicologica.ghtml>. Acesso em: 02 nov. 2021.

LEWGOY, Júlia. Violência patrimonial, quase invisível, destrói a vida de mulheres. Entenda. (Site). São Paulo: Valor Investe, 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2021/05/10/violencia-patrimonial-quase-invisivel-destroi-a-vida-de-mulheres-entenda.ghtml>. Acesso em: 08 out. 2021.

MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Lívia Maria Lima. Lei Maria da Penha na prática. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.

MORENO, Renan. A eficácia da Lei Maria da Penha. 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8757/A-eficacia-da-Lei-Maria-da-Penha>. Acesso em: 13 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher: ação e produção de evidência. 2012. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44350/9789275716359_por.pdf;jsessionid=6D370C99DBA7CB030ACF16D7F5107429?sequence=3. Acesso em: 14 out. 2021.

PEREIRA, Alessandra de Oliveira. Aspectos Polêmicos da lei nº 11.340/2006 (Maria da Penha). Marília, SP: UNIVEM, 2010. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/631>. Acesso em: 20 nov. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Conflito de Jurisdição nº CJ 70081305781 RS. In: Conflito de Jurisdição. Relator: Sylvio Baptista Neto. Rio Grande do Sul: Tribunal de Justiça do RS, 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/784002469/conflito-de-jurisdicao-cj-70081305781-rs>. Acesso em: 23 out. 2021.

STOCKER, Pâmela Caroline; DALMASO, Silvana Copetti. Uma questão de gênero: ofensas de leitores à Dilma Rousseff no Facebook da Folha. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 24, n. 3, p. 679-690, set./dez. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2016v24n3p679>. Acesso em: 23 out. 2022.

AGRADECIMENTOS

Agradecemos as instituições de ensino pelas quais passamos, Universidade Federal do Amazonas – UFAM; Universidade do Norte – UNINORTE; Universidade Luterana do Brasil – ULBRA; Faculdade Dom Bosco – FDB e aos nossos professores, pela a imensurável contribuição dada ao nosso processo de construção quanto cidadão.

**Direito e neurociência: um estudo
interdisciplinar**

**Law and neuroscience: an interdisciplinary
study**

Silvio Moreira Alves Júnior



RESUMO

A breve análise histórica a respeito da imputabilidade penal no Brasil e outros episódios de penalidade aos menores de dezoito anos, na época do império, são de total importância para entendermos as legislações anteriores e o grau de evolução até os momentos atuais. A maioridade penal se estrutura diante de um sistema complexo, envolvendo direitos e garantias fundamentais, a interpretação de dispositivo normativo constitucional, a estrutura das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, sua aplicabilidade, todos são elementos relevantes para o entendimento da aplicação das medidas a esses menores e o modo como funciona desde a aplicação dessas medidas até a privação de sua liberdade. Ao analisar a questão do dispositivo constitucional, entramos no estudo da aceitação biológica, para ser aplicada na questão da não imputabilidade penal, até chegarmos a um aprofundamento mais aperfeiçoado das áreas que devem ser consideradas neste contexto além da biológica, que foi fator a ser considerado pelo legislador na aplicação da norma. A neurociência entra nesse estudo como um elemento mais específico para entendermos o comportamento humano desses jovens. Toda a sua estrutura e facetas multidisciplinares são de suma importância a serem considerados, visto que o ser humano necessita ser compreendido, assim como seus estágios de crescimento, emocionais, afetivos pois tudo engloba sua realidade social, o convívio familiar e demais estruturas concretas que um ser humano pode estar. Tudo isso faz parte para entendermos determinados comportamentos humanos, principalmente de um jovem que segundo especialistas, não possuem um desenvolvimento cerebral totalmente desenvolvido e necessitam de auxílio.

Palavras-chave: imputabilidade penal. redução da maioridade penal. neurociência cognitiva e o desenvolvimento cognitivo.

ABSTRACT

The brief historical analysis regarding criminal liability in Brazil and other episodes of penalty for those under eighteen years of age, during the empire, are of total importance for the meaning of previous legislation and the degree of evolution up to the present time. The criminal majority is structured in a complex system, involving fundamental rights and guarantees, an interpretation of the constitutional normative device, a structure of the norms of the Statute of the Child and Adolescent, its applicability, all are relevant elements for the understanding of the application of the measures to these minors and the way it works, from the application of these measures to the deprivation of their liberty. When analyzing the issue of the constitutional provision, we enter into the study of biological acceptance, to be applied to the issue of non-criminal liability, until we reach a more perfect deepening of the areas that should be considered in this context in addition to the biological, which was a factor to be considered. by the legislator in the application of the rule. Neuroscience enters into this study as a more specific element for understanding young human behavior. Its entire structure and multidisciplinary facets are of paramount importance to be considered, since the human being needs to be understood, as well as their stages of growth, emotional, affective, as everything encompasses their social reality, family life and other concrete structures that a being human can be. All of this is part of the sense of certain human patterns, especially of a young person that specialists, do not have a fully developed brain development that needs help.

Keywords: criminal imputability. reduction of the criminal age. cognitive neuroscience and cognitive development.

INTRODUÇÃO

A redução da maioria penal se iniciou através da PEC 171/1993, em que possui como finalidade, a redução da maioria penal no qual a imputabilidade, para os crimes hediondos passariam a ser de 18 para os 16 anos. Esse projeto de emenda constitucional, por mais que tenha sido criado em um ano bem longínquo, continua sendo “palco” de muita discussão hodiernamente. A proposta gera muitas polêmicas e opiniões bastante divergentes, entretanto no cenário atual, a maioria das opiniões públicas e de representantes governamentais são contra a proposta, e um dos principais motivos, seria segundo alguns, pelo fato da proposta alterar dispositivo constitucional, atingindo os direitos e garantias dos menores de 18 anos.

Destarte, este trabalho tem como escopo, trazer um estudo mais amplo e abrangente, da situação que vivem os adolescentes no meio social, estes que são os principais alvos da proposta, já que o assunto é a imputabilidade penal para os menores de 16 anos. Ser a favor da imputabilidade penal, também nos coloca em uma posição de observar mais, a posição de muitos adolescentes, que de certa forma é a maioria, em se tratando de serem personagens da desigualdade social, econômica, e vítimas da pobreza e da violência, que afetam muitas famílias e jovens. Temos uma perspectiva voltada para a população mais desfavorecida, no caso em tela, os menores infratores, é procurar ver com sabedoria, os fatores que os levaram a praticar a criminalidade, sem um julgamento precoce de punição.

Entretanto, os fatores negativos, que são os reflexos dessa realidade que atingem muitos cidadãos, não podem passar despercebidos aos olhos da sociedade. Por um lado, se temos um menor, cuja situação de vida, se comparada com a de outras pessoas, de classes e níveis distintos, é desigual, temos também uma determinada “vítima”, inserida nesse meio. Contudo não podemos deixar de dar atenção, para as vítimas da violência, que são atingidas pelos atos infracionais, conforme denomina a nossa legislação penal pátria, desses adolescentes. Contudo, é importante e essencial averiguar o impacto que os crimes cometidos por menores, causam na sociedade.

O intuito desta monografia, é arguir a defesa da redução da maioria penal, partindo de uma metodologia dedutiva, onde analisar o estudo da capacidade cognitiva do menor infrator, com outros fatores sociais juntamente a uma análise mais específica das medidas socioeducativas, se tornam essenciais para concluir a abordagem do estudo e a defesa desta monografia.

A REALIDADE SOCIAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

Ao analisar a realidade social das crianças e adolescentes no Brasil, adentra-se no mundo das desigualdades sociais, da criminalidade, da violência, da escassez na educação, da pobreza, da marginalidade, da exclusão social dentre vários outros fatores que completam esse cenário brasileiro, que faz parte uma grande parcela da população brasileira.

O Estado Democrático de Direito surgiu com a Carta Magna de 1988, institucionalizando as garantias e deveres fundamentais dos cidadãos. Entretanto antes da institucionalização da Lei Maior, os direitos sociais já eram resguardados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas, em Assembleia Geral em seu artigo XXII, que traz em seu escopo, o seguinte:

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (MORAES, 2019, p. 211).

São direitos sociais conforme se explana no art. 6º da Constituição Federal e reafirma MORAES (2019), 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.

Teoricamente os direitos dos “homens”, são resguardados em várias legislações, no tempo e no espaço, porém a prática desses direitos no mundo contemporâneo, vivem ausentes quando o assunto se trata de manter esses recursos. Não há políticas públicas suficientes e eficazes o bastante para implantar uma melhoria nas condições de vida básica do cidadão brasileiro, o Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, elencado no art.1º inciso III da Magna Carta. À luz das normas constitucionais todo direito é fundamental, mas no contexto da realidade, muitos desses direitos não são colocados em prática, nem mesmo pelas autoridades competentes, principalmente quando se trata da classe mais desfavorecida da sociedade brasileira, os jovens negros, pobres, com famílias de baixa renda. Segundo assevera MORAES (2019, p.211), para garantir maior efetividade aos direitos sociais, a EC n.31, de 14 de dezembro de 2000, atenta a um dos objetivos fundamentais da República, qual seja erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Segundo um estudo realizado pela UNICEF no ano de 2018 mais de 18 milhões de crianças e adolescentes, vivem em domicílios com renda per capita insuficiente para adquirir uma cesta básica de bens, sendo 34,3% do total. Quando se analisa a renda per capita de cada família, os pesquisadores estão fazendo um estudo da pobreza monetária de cada família, onde 61% das meninas e meninos brasileiros vivem na pobreza. UNICEF (2018). Outro fator desse quadro da desigualdade, é a questão econômica do país, onde o filho dos ricos tem mais privilégios e possuem uma qualidade de ensino muito superior comparado as crianças e adolescentes desfavorecidos de educação com qualidade, e alguns que nem acesso à educação tem. Outros fatores que ensejam a desigualdade social no Brasil é o acesso à informação, moradia, saneamento básico, água potável e a proteção ao trabalho infantil. Esses direitos básicos incluindo a educação, fizeram parte de uma pesquisa do Pnad – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios-, em 2015 no qual foram analisados a renda familiar de meninas e meninos brasileiros de até 17 anos e o acesso deles a esse direito. A ausência de um ou mais desses seis direitos coloca meninas e meninos em uma situação de “privações múltiplas”. De acordo com essa pesquisa, o saneamento é a privação que afeta o maior número de crianças e adolescentes em 13,3 milhões. UNICEF (2018, p.8).

Se remontarmos ao contexto histórico da origem da desigualdade social, veremos que a evolução desse problema se deu início desde o período da pré-história com a civilização nômade, a espécie humana que vivia da caça e da pesca, mas que já tinham como características da desigualdade, de acordo com o que ,preleciona DEMO, Pedro (2013, p.104.) “á economia que era voltada para a luta por alimento, a organização política que vinha da autoridade dos chefes daqueles grupos”, até o período contemporâneo no qual vivemos. A desigualdade social nos dias de hoje não só diz respeito a violência, criminalidade, a pobreza e as privações múltiplas das crianças e adolescentes citadas anteriormente, mas de questões voltadas para a identidade de

gênero, raça, etnias, orientação sexual etc.

As crianças e adolescentes que são privados de direitos sociais vem inseridos num contexto familiar de dificuldades em que os próprios familiares já vem enfrentando essa luta social econômica, política e cultural. A relação de poder do Estado e seus representantes contra a força da classe trabalhadora na maioria das vezes é muito injusta e desigual. O Estado no capitalismo trabalha com a produção, lucros e ganhos enquanto, precisa da força de trabalho da “plebe”, para manter esse sistema de produção que os enriquece, já a classe mais desfavorecida, precisa manter o trabalho para a força do sustento de sua família. É nessa relação de produção x força de trabalho que as desigualdades começam a se tornar cada vez mais fortes, o capitalismo cada vez que se torna estável, se torna fator para que muitas desigualdades cresçam e se implantem no meio social, percebe-se que através dos representantes de governo escolhidos pelo povo é que podem surgir leis, decretos, e diversas legislações que podem ser muito úteis e necessárias para que se tenha necessidades sociais satisfeitas, supridas e implantadas. Deste feito, analisemos as palavras de GUIMARÃES (2018)

A concentração da riqueza, da terra e dos bens socialmente produzidos tem estado, portanto, nas mãos de poucos – os que detêm os meios de produção – enquanto a maioria da população – que vende a sua força de trabalho - vive em condições injustas e desumanas, que se expressam entre outros aspectos: na miséria, na pobreza, no desemprego ou em situações de precarização de trabalho, no analfabetismo ou em baixos índices educacionais, em condições precárias de habitabilidade e saúde etc. GUIMARÃES, Simone de Jesus, Revista de Políticas Públicas: Desigualdades sociais, Questão Social e Políticas Públicas, 2018, p.610).

Contudo diante do cenário de corrupção do Brasil o “Estado” ao invés de implantar melhorias, utiliza essa força de trabalho para satisfazer e suprir suas necessidades próprias, recolhendo o dinheiro do povo para proveitos próprios, como acontece nos cenários políticos de corrupção atualmente vividos. Diante desse contexto político de governos, é perceptível a falta de implantação de políticas públicas necessárias para uma melhoria na condição de vida das famílias brasileiras, na geração de emprego, oportunidades de estudos, investimentos na educação, no lazer, na saúde, no transporte, no saneamento básico, na infraestrutura. Esses elementos todos, são necessários para a construção de uma sociedade mais sólida, que contenha uma condição de vida com mais qualidade, são fatores que influenciam na vida das crianças e adolescentes. Se as famílias destes, não possuem uma renda per capita, que seja suficiente para o sustento da família, gera a escassez na alimentação, na educação- que é importante para que se tenha uma construção mais eficiente e sólida, para uma futura vaga de emprego-, falta de condição econômica para morar em local que contenha saneamento básico, falta de dinheiro para vestuário e nesse seguimento uma necessidade vai acarretando em outras conseqüentemente.

O olhar para o limiar dos governos, é essencial para que se entenda como crescem e se aprofundam essas desigualdades no meio social. Desde os períodos do império português, da 1ª e 2ª República até os presidentes eleitos diretamente sem exceção, o modo de produção capitalista não diminuiu, só se ampliou e se aprofundou. GUIMARÃES (2017, p.611).

Uma das questões que desencadeia essa problemática da desigualdade social, é justamente a forma de trabalho do governo referente as questões sociais. No governo Lula da Silva, houve um determinado direcionamento a questões de políticas governamentais para a classe trabalhadora, nesse contexto:

Na época do governo Lula da Silva, há um certo direcionamento das políticas governa-

mentais, é verdade, para as necessidades da classe –que-vive-do-trabalho. Nesse período, verificam-se uma relativa estabilidade econômica- em meios às constantes crises do capitalismo mundial desde os anos de 1970 -, uma intensificação e ampliação de programas de transferência de renda dirigidos para os mais pobres e vulneráveis socialmente – capitaneados pelo programa do Bolsa Família -, a existência de outros programas sociais como o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) e aqueles por exemplo, voltados para um maior acesso às universidades públicas. Em decorrência, houve quantitativo na redução da pobreza e da desigualdade bem como ampliou-se o acesso à moradia e às universidades. (GUIMARÃES, Simone de Jesus, *Desigualdades Sociais, Questão Social e Políticas Públicas*, 2018 p.611).

Diante de tantas questões sociais que devem ser resolvidas, até mesmo para o crescimento e desenvolvimento do país, os próprios governos acabam sendo “personagens” que contribuem para que esse avanço não ocorra. Como exemplo do trecho citado acima, enquanto há governos que direcionam políticas governamentais para a redução da pobreza, gerando renda, outros que vão ganhando espaço não se preocupam da mesma maneira, ou seja, outros nem visam que isso seja prioridades, e acabam investindo em outros setores sociais ou nem isso.

Da imputabilidade penal

A constitucionalidade da Imputabilidade Penal no Brasil, está intrínseca na normatização da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 228 in verbis: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. (CONSTITUIÇÃO Federal, 1988, 11ª Ed. p. 197). Além da imputabilidade penal ser recepcionada pela Carta Magna, também está regida em outras legislações como o Código Penal criado pelo Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 no art. 27 e no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA - no art.104, regido pela Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

De acordo com o dispositivo do art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os inimputáveis, ficam sujeitos as medidas impostas pelo próprio Estatuto. Essas medidas estão classificadas no rol do art. 112 da referida lei, sendo o juiz o aplicador dessas medidas de acordo com o grau da infração cometido pelo autor do ato infracional. De acordo com o art. 103 do ECA “considera-se como ao infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Infringir de acordo com (NUCCI, Guilherme de Souza, 2018, p.416) “significa violar, desobedecer, transgredir, desrespeitar.” Logo a interpretação que se dá, para a conduta do jovem infrator é de que a ação praticada, é violadora da norma. Ao analisar separadamente de forma analítica a interpretação da infração, ato e conduta, tem-se que:

No campo do Direito, infringe-se uma norma. O ato é uma parcela da conduta, mas também pode ser assimilado como sinônimo. A conduta, por seu turno, é uma ação ou omissão voluntária e consciente, que movimenta o corpo humano, regida por uma finalidade. Diante disso, o ato infracional, no cenário do Direito da Infância e Juventude, é a conduta humana violadora da norma. NUCCI, Guilherme de Souza, 2018, p.416.

Os atos infracionais cometidos pelos menores, não é algo novo para a sociedade, embora sejam cometidos com mais frequência hodiernamente e de certa forma com aplicação de uma soma maior da violência, se tornando inclusive pauta de discussão e votação no Congresso Nacional, cujo objetivo é a redução da maioria penal para dezesseis anos. De acordo com o art. 2º do ECA “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Na época do Império em que o Brasil era uma colonização em desenvolvimento, no Código Penal de 1830, em seu art. 13 os menores de quatorze anos já eram imputados penalmente,

quando seus atos eram praticados com discernimento, constatando-se assim a concretização do ato praticado à época, determinava o juiz que ficassem esses jovens em casas de correção, contanto que não ultrapassasse os 17 anos no mesmo lugar. De acordo com esse desenvolvimento histórico da imputabilidade penal e a forma que evoluiu, a redução da maioridade penal não é um acontecimento jamais visto na história do Brasil, tanto que passados esses anos todos desde 1830 até o século 19, os atos praticados pelos menores que ensejam violação as normas, tivera outras denominações como delinquência juvenil. Destarte afirma NUCCI em sua obra ao tratar do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Delinquência [equivalente, para o nosso sistema, ao ato infracional] nasceu no final do século 19 quando o crime e outras ofensas cometidas por jovens foram redefinidas e separadas das infrações dos adultos e novos mecanismos de controle social foram desenvolvidos para o problema infanto-juvenil. (John T. Whitehead & Steven P. Lab, 1990 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado 2018, p.417).

A delinquência, a infração, a vadiagem, assim denominadas com a evolução das sociedades, já eram realizadas por crianças e adolescentes em séculos passados. Na história do Brasil geralmente as delinquências que eram cometidas pelos menores, já vinham de fatores sociais da pobreza, até mesmo relacionado a época da escravidão, veja-se que no tempo da escravidão os escravos tinham seus “senhores”, eram comprados, os homens eram escolhidos para os trabalhos mais pesados enquanto que as mulheres negras e seus filhos eram escolhidos para o trabalho doméstico e ainda assim, quando aceitos pelas famílias ricas. Depois da abolição da escravatura, a sociedade começou a enfrentar problemas com relação a essas pessoas, pois se elas tinham um lugar pra morar, comida e o básico para sua sobrevivência mesmo que na condição de escravos, as ruas não tinham crianças órfãs, pessoas passando fome por não conseguirem um trabalho, e logo há um desencadeamento de problemas no qual o Estado passou a olhar ao longo das décadas.

A partir de então as crianças e adolescentes da época se tornaram alvos da marginalização nas ruas. Crianças de 9 a 14 anos cometiam delinquências pelas ruas, e eram tratadas como adultos pela repressão da polícia e iam para a cadeia na década de 1920. O primeiro código de menores foi do ano de 1927, antes disso crianças já eram incriminadas e julgadas no Brasil como se fossem adultos. Os menores delinquentes recebiam tratamentos dispensado a bandidos capoeiras, vadios e mendigos. Uma vez capturados, todos eram atirados indiscriminadamente na cadeia. As delinquências e os pequenos crimes cometidos pelos menores aquela época, eram noticiados de forma frequente, como o jornal carioca A Noite em 1915 e Jornal do Brasil em 1926. (WESTIN, 2015).

Antigamente as crianças e adolescentes não eram vistos como desejo de proteção do Estado e nem das famílias. As figuras do poder estatal não tinham preocupação com o futuro que essas crianças iriam ter, a educação não era vista como objeto de importância para o crescimento e desenvolvimento desses jovens, o lazer, o esporte não eram nem pensados como objetos de construção, como elemento para se obter uma vida mais digna, e nem resguardados como direitos e garantias. O modo de viver das sociedades das décadas anteriores não tinham essas concepções ainda, pelo contrário o trabalho era visto como algo que interessasse aquela geração, as crianças tinham importância para os mais ricos, para servirem de mão de obra infantil, eram visados como lucros pela sociedade mais desenvolvida financeiramente, portanto direitos e garantias eram objetivos ainda não idealizados por essas sociedades. As crianças eram ex-

ploradas tanto sexualmente quanto pelo trabalho infantil e esse era o verdadeiro interesse que a “burguesia” tinha em prol dos menores.

O Código de Menores de 1927, foi a primeira lei que o Brasil teve voltado para a proteção dos direitos e garantias desses menores, e tornando a imputabilidade penal mais tardia aos dezoito anos. Porém antes disso, os menores eram criminalmente julgados e condenados, de 9 aos 14 anos. Como exemplo disso, o código de 1830 já mencionado anteriormente, traz em seu bojo essa imputabilidade aos 14 anos de idade, ficando os jovens em casas de correção até os dezessete anos. A relevância deste contexto histórico da imputabilidade penal para os dias de hoje, é analisar que no Brasil já houve imputabilidade penal para os menores com idade abaixo de 18 anos, portanto o Brasil não está retroagindo e deixando de evoluir, como critica alguns juristas e doutrinadores, pois se analisarmos o desenvolvimento social daquelas décadas e do momento atual, veremos que a violência, o índice de criminalidade, a falta de segurança nas ruas, o discernimento e o acesso à informação, aumentaram de forma significativa ao longo desses anos.

A modernidade tem tido um espaço de conquista muito grande na sociedade, crianças portam aparelhos eletrônicos consigo, como exemplo os celulares, que são um portal de acesso às informações que podem ser boas mas principalmente ruins, o controle dos adultos sobre a tecnologia que tem acesso os seus filhos, é muito baixa, a educação nas escolas evoluíram e com elas também a tecnologia, hodiernamente há como assunto nas rodas de conversas tanto nas escolas quanto nas famílias até mesmo entre os jovens, questões ligadas a prática do ato sexual com proteção, ou seja, a capacidade de entendimento nos dias atuais não tem comparação quanto a capacidade que as pessoas de décadas atrás tinham, a capacidade de discernimento dos seres humanos atualmente é uma questão que muito deve ser analisada em conjunto com a redução da maioridade penal, o discernimento do certo e do errado, do bem ou do mal, do bom ou do ruim, do fazer ou não fazer, do poder e não poder, todas essas questões devem ser muito bem analisadas no âmbito das discussões à cerca da imputabilidade penal, pois são grandes fatores que contribuem para se estudar até onde um menor de idade consegue chegar com o seu discernimento. “Para a coordenadora do Departamento de Ética e Psiquiatria Legal da Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP), Kátia Mecler, jovens de 16 anos têm maturidade e consciência crítica suficientes para saber o que fazem.” (BRANDÃO, 2015).

Diante da polêmica da redução da maioridade penal, há os que defendem por acreditarem que a criminalização e a violência irá diminuir, há os que criticam por acreditar que essa medida não será a solução dos problemas de violência atualmente vividos, pois ao olhar destes, crianças e adolescentes devem ser tratados como tais, exercendo seus direitos à educação, ao lazer, ao esporte, tendo o Estado o dever de garantir a proteção, moradia, lazer dentre várias outras garantias fundamentais, além do que para a maioria dos que são contrários a redução, a melhor maneira de enfrentar essa situação é oferecendo o suporte necessário para os jovens que são postos a cumprirem as medidas socioeducativas, no qual a ressocialização de fato é o meio mais efetivo dos jovens infratores iniciarem suas vidas de uma forma mais correta e saudável. Já para outros a redução da maioridade penal não é o meio mais eficaz para acabar com a criminalidade e a violência, já que será mais um problema do Estado à cerca da superlotação nos complexos penitenciários. A divisão de cela dos jovens infratores com outros que mantêm um cárcere privado há mais tempo, não seria a melhor escolha, tendo em vista que esses jovens seriam de certa forma coagidos a agirem conforme o que lhes seriam atribuídos ou melhor di-

zendo demandado.

A capacidade para exercer os atos da vida civil

Como já mencionado em linhas anteriores, a imputabilidade penal passaria dos 18 para os 16 anos. Entretanto as correntes contrárias a esse projeto de Lei são várias, principalmente por estar imputando penalmente um menor de idade, já que diante da Carta Magna a maioria é atingida aos dezoito anos completos e sendo a imputabilidade penal reduzida, em desacordo estaria com a norma Constitucional se tornando inconstitucional, portanto, nula. No nosso vigente Código Civil, Lei nº. 10.406/02, no art. 3º é aduzido “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.” (BRASIL, 2002). Conforme o que afirma PELUZO, Cesar a respeito:

“A lei considera certas pessoas inaptas a exercer por si os atos da vida civil, em razão da falta de discernimento, por impossibilidade de manifestar a vontade, ou porque não atingiram idade suficiente ou porque acometidas de doença mental impediendo de administrar a si e a seus bens” (PELUZO, Cesar Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência, 13ª Ed. 2019, p.19).

De acordo com o autor acima, são vários os motivos que um menor de dezesseis anos pode ser considerado absolutamente incapaz de exercer os atos da vida civil. Entretanto o dispositivo se refere ao menor de dezesseis, ou seja, não impede que um adolescente maior de dezesseis anos e menor de dezoito, possa exercer sua personalidade jurídica para ser sujeito de direitos, contraindo obrigações. Nas breves ilações de GAGLIANO

No âmbito da seara civil, o nascituro apenas ao ser concebido já detém personalidade jurídica, que “para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo para ser sujeito de direito”. (GAGLIANO Pablo Stolze, 2018, Novo Curso de Direito Civil, p.139).

Nas legislações há exemplos disso, como ocorre no art.14 §1, inciso II, alínea “c” da Constituição Federal, que trata do alistamento eleitoral facultativo para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, assim como no Código Civil quando o rol do art.5º em seu parágrafo único traz em si, a interrupção da incapacidade e no inciso II pelo casamento, através da emancipação. Portanto fazendo uma breve observação quanto a imputabilidade penal, não pode um menor ser penalmente imputado aos dezesseis anos para responder por atos seus, que são totalmente contrários a lei, mas, pode exercer os atos da vida civil, como exemplo a emancipação do casamento no qual o menor já começa a dar passos maiores e a tomar para si, obrigações para com outra pessoa em matrimônio, e adquirir a maturidade da vida adulta mais cedo com as responsabilidades que passa a tomar, assim também deve ser analisado o menor com quatorze anos, poder participar de programas voltados para a capacitação profissional, para adentrar nas vagas de trabalho que lhe são oferecidas. Essa capacitação está regularizada pela Lei n. 10.097/2000 que altera alguns dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, e no dispositivo do art.403 o texto é claro em relação a proibição de trabalho ao menor de dezesseis anos, porém ressalvado o menor a partir dos quatorze anos. Portanto em outras searas relacionadas ao direito de contrair obrigações e deveres para um crescimento até mesmo profissional, o menor de dezesseis anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito possuem direitos, obrigações e deveres. O que significa que os mesmos ganham espaço para escolher o que querem fazer e realizar, se tornando claro que, se mostram aptos para exercer essas faculdades, demonstrando que não são incapazes para a vida adulta, mas sim, que possuem um pleno

discernimento psíquico, mental, físico para se tornar um ser humano dotado de obrigações e responsabilidades para a vida adulta, tendo o discernimento do que podem e o que não podem.

Destarte a imputabilidade penal aos dezesseis anos, poderia ser vista como um ato sancionatório do Estado ao menor, pela prática de seus atos que outrora foram contrários à lei, não devendo ficar impune, fazendo com que seja a lei cumprida, da mesma forma que em outras legislações, seja de forma administrativa, civil ou penal.

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A Lei da redução da maioridade teve início através da PEC n. 171/93 pelo Deputado Federal Benedito Domingos na Câmara dos Deputados e em 2015 sendo tramitada no Senado Federal. A proposta de Emenda à Constituição visa alterar o texto do art. 228 da Constituição Federal, que traz em seu bojo a inimputabilidade aos menores de dezoito anos, passando de dezoito anos para dezesseis anos a imputabilidade. A redução é criticada por muitos, pois além de alterar dispositivo constitucional considerado, cláusula pétrea, viola a proteção do menor infrator, que possui seus direitos resguardados pelo ECA e formas opcionais pela lei especial de como ser “punido” pelas infrações cometidas. A inimputabilidade penal além de estar inserida em dispositivo acima mencionado, está taxada no art. 27 do Código Penal e no art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A redução da maioridade penal é apenas em casos de homicídio, lesão corporal e crimes dolosos contra a vida. Portanto outras infrações penais, como é denominada para crimes cometidos pelos menores de dezoito anos, possuem um amparo especial no ECA, ou seja, o menor que cometer uma infração penal fora desse rol de crimes, é amparado pelas medidas socioeducativas, que são formas de reeducar esses menores infratores e de certa forma ressocializar estes cidadãos novamente na sociedade, assim não ficando impune o cometimento de seus atos.

Como já mencionado em linhas anteriores, esse assunto é pauta de muita discussão ainda, por se tratar de alteração de dispositivo constitucional, que fere preceitos fundamentais, violando assim a dignidade desses jovens. Entretanto a polêmica a este assunto se deu novamente, pelo grau de violência e criminalidade hodiernamente vividos no país.

A questão do tráfico de drogas também é um dos principais fatores, para que este assunto tenha sido retomado, pois muitas crianças e adolescentes são usadas nesse meio por traficantes para fazer o trabalho “sujo” deles, na expressão mais popular, pois não há um ato sancionatório como para os adultos para estes, ficando os mesmos, sendo postos em liberdade, mesmo após de terem sido flagrados atuando na prática ilícita, além do mais, é muito mais fácil para esses criminosos não ficarem expostos tendo a opção de usar esses menores em seu lugar. Logo se tornam alvos fáceis da criminalidade e acabam sendo incentivados cada vez mais a essas práticas delituosas.

O poder de status por esses criminosos, o dinheiro e os demais “luxos” exercidos mediante essas práticas são o que incentivam esses menores e até mesmo querer a manter essa rotina da marginalidade. E observa-se que não apenas no mundo do tráfico, há essas possibilidades também através de outros crimes como o roubo, o furto a extorsão e outras diversas práticas mais.

De acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça só no ano de 2018, no período de janeiro a abril, houve 5.230 casos de menores envolvidos em tráfico de drogas e no mesmo período no ano de 2019 os casos aumentaram quantitativamente para 9.716, já os casos de homicídio qualificado no ano de 2018 foram 748 casos, e no ano de 2019 o número aumentou para 1.217 casos. Além desses crimes, o furto, o roubo, o estupro de vulnerável também entram nos dados do CNJ, e sempre com o quantitativo aumentando todos os anos. Logo, por essas estatísticas levantadas, pelo grau de criminalidade aumentando nas ruas, observa-se que a maior parcela de pessoas na sociedade votam a favor da redução da maioridade penal. Apesar que para muitos doutrinadores e juristas processuais, além de profissionais de outras áreas esta não seja a medida mais cabível para se resolver o problema na sociedade. Um dos fatores é a questão da problematização da superlotação dos complexos penitenciários, além do mais, na visão de alguns o menor seria mais ainda aliciado pelos outros encarcerados, reduzindo a chance de uma futura ressocialização destes na sociedade.

A responsabilidade e imputabilidade penal

No Brasil conforme o que dispõe na legislação infraconstitucional e especial, além da Carta Magna o menor de dezoito anos é considerado inimputável, respondendo pela legislação especial, o ECA pelas infrações cometidas. A redução como já mencionado alhures, é para casos de crimes dolosos contra a vida, homicídio e lesão corporal, logo os crimes cometidos pelos menores infratores, são caracterizados como crimes de menor potencial ofensivo, por mais que totalmente danosos tanto as vítimas quanto a sociedade ou até mesmo o patrimônio público.

As medidas socioeducativas funcionam para os menores como se fosse uma sanção aos crimes cometidos, voltadas a ressocialização e até a educação desses menores, ou seja, o rito de aplicação é especial e totalmente diferente de um crime cometido por um adulto, que no caso é aplicado uma pena e ele é preso. De acordo com ZANELATTO, Vilvana (2015), por mais que o menor de idade tenha cometido um delito, não lhe é retirada a responsabilidade penal, mesmo que o ato delituoso cometido seja mais leve. Quando o menor comete uma infração mesmo que gravosa, fica o mesmo submetido a uma internação pela Lei Especial, equivalente à prisão processual do imputado, já que não se pode aplicar o processamento e a aplicação da pena ao menor, como se faz com os imputáveis, ficando os mesmos submetidos as medidas socioeducativas, entretanto suas infrações são apuradas de mesma forma.

Em alguns países, a responsabilidade penal juvenil se inicia com 12 e vai até os 16 anos. A Bolívia, El Salvador, Espanha, Equador, Holanda, Irlanda, Peru, Portugal e Venezuela, são países em que a idade de responsabilidade juvenil se inicia aos 12 anos. Já outros a responsabilidade se inicia aos 14 anos como Alemanha, Áustria, Bulgária, Colômbia, Chile, China. Aos 16 Argentina, Escócia, Romênia. Os EUA é o único país em que a responsabilidade penal se inicia aos 10 anos, porém a responsabilidade penal dos adultos dependendo do delito cometido é aos 12 ou 16 anos, podendo responder por pena de morte ou prisão perpétua. A aplicação das penas para a maioria dos países são, distintas, variando o grau do crime, a atenuação da pena, análise psicossocial, presunção de irresponsabilidade entre vários outros fatores que englobam esse sistema da responsabilidade imputabilidade penal, de acordo com os estudos realizados pelo Ministério Público do Paraná a respeito da responsabilidade penal em outros países.

Por mais que seja discutido a redução da maioridade penal e até mesmo seja feita uma

comparação nos sistemas penais, principalmente com o norte-americano, os menores são resguardados legalmente nas questões atinentes as suas garantias processuais e fundamentais e aos princípios quanto a aplicabilidade das medidas socioeducativas no caso do Brasil. Um exemplo é a Lei 12.594/12 no rol do art.35 e incisos, conforme demonstrado abaixo:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

I - Legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

II - Excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;

IV - Proporcionalidade em relação à ofensa cometida;

V - Brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

VI - Individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e

IX - Fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. BRASIL (2012).

Mesmo a maioridade penal não tendo sido reduzida para os dezesseis anos, os direitos e garantias tanto fundamentais quanto processuais dos menores infratores estarão resguardados, seja pela legislação pátria quanto pelas convenções e tratados internacionais, todos referentes aos direitos e proteção das crianças e adolescentes.

As medidas socioeducativas do ECA

As medidas socioeducativas se encontram no art.112 do ECA. Elas são aplicadas conforme os atos infracionais cometidos pelos menores infratores, podendo ser aplicada desde uma advertência a uma internação. Esta última é para os casos em que o ato infracional é considerado mais grave, ficando a liberdade dos menores privada. Neste caso, ao contrário do que acontece com os maiores de idade, que ficam com a sua liberdade restrita em estabelecimentos prisionais, os menores ficam privados de sua liberdade em estabelecimentos educacionais.

No rol do artigo 124 do ECA é explícito os direitos resguardados aos menores privados de liberdade. Um dos direitos garantidos é o da profissionalização e escolarização, receber atividades culturais, esportivas e de lazer, além de outros direitos que são a garantia da integridade desses menores. Por mais que fiquem privados, os estabelecimentos educacionais, as instituições responsáveis pelo acolhimento desses menores nessa situação de internação, tem por direito garantir a esses menores essas medidas, sem ferir seus direitos, integridade física e moral, e a proteção. No art.123 da mesma Lei é taxativo alguns critérios a serem obedecidos por essas instituições, conforme transcrito: Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade

exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. BRASIL (1990).

Segundo a análise desse dispositivo por NUCCI, 2018 p.521 quando o texto fala sobre entidade exclusiva significa a separação física de unidades prisionais dos adultos, o local distinto significa a separação dos menores infratores, daqueles que estiverem em situações de risco. Veja-se que apesar de privados de liberdade, por infrações consideradas mais graves, afinal a internação é a medida mais rigorosa, imposta aos mesmos, quanto ao ato infracional cometido por estes, toda a preocupação em garantir e reservar seus direitos estão taxados na legislação especial, para serem cumpridos tanto pelas autoridades competentes, desde a apuração dos fatos até a execução dessas medidas.

De acordo com dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça, o estado com maior número de adolescentes internados por sentença é o Estado de São Paulo com 7.911 adolescentes, em 2º lugar é o Rio de Janeiro com 1.654 adolescentes e em 3º lugar Minas Gerais com 1.518 adolescentes. No total Nacional o número de menores internados por sentença corresponde a 18.282. A internação é uma das opções de medidas socioeducativas imposta pela Lei 8.069/90, para os atos infracionais cometidos pelos menores de dezoito anos, que são considerados mais graves, como já mencionado anteriormente em outras linhas. O art. 122 da Lei 8069/90 sobre a medida de internação, diz o seguinte:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I - Tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
- II - Por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Analisando esse rol, pode-se deduzir que a maioria dos jovens que estão sob medida de internação é porque cometeram algum ato que se enquadra em um desses incisos. Veja-se que, o primeiro inciso referente a atos cometidos mediante grave ameaça ou violência, em outras palavras, se fosse uma sanção imposta a um adulto, seria dito crimes ao invés de atos infracionais. Fazendo uma breve ilação aos ensinamentos de NUCCI, temos que:

O crime é considerado uma infração penal mais grave, cabendo a apenação de reclusão ou detenção (penas privativas de liberdade cumpridas em regimes mais severos); a contravenção penal é o delito menor, considerado uma infração penal mais branda, lesiva a um bem jurídico de menor importância para a sociedade, cuja apenação se faz com prisão simples ou multa. (NUCCI, Guilherme de Souza, Estatuto da Criança e do Adolescente, 4ªEd. 2018, p.419).

O ensinamento de NUCCI deslancha na questão do crime e seus gêneros, o que se pode extrair disso para a questão das medidas de internação, são as diferenças quanto aos atos ilícitos cometidos pelos menores ou adultos. O crime pode ser o mesmo, porém a forma de apenação para ambos é que se torna a diferença, através da Legislação especial. A internação é a privação de liberdade dos adolescentes, entretanto com direito a ensinamentos pedagógicos, esporte, lazer, cultura e vários outros direitos. A penalidade para o adulto é mais severa, por mais que os delitos sejam os mesmos. Logo, é necessário olhar com atenção as medidas de internação e ao quantitativo de adolescentes internados atualmente, afinal se no sistema de internação socioeducativo o número de adolescentes aumenta, é porque um ato reprovado está sendo cometido por estes, e se enquadrando perfeitamente ao rol do art.122 do Estatuto, não

devendo ficar impunes. Contudo não só de medidas de internação cuida a legislação especial, em casos de outros atos infracionais considerados mais leves, o art.112 e incisos, oferece outras modalidades de “repressão”. Fora desta legislação especial, seria o caso de se referir as contravenções penais, que nada mais são do que crimes mais leves.

Analisar a questão da redução da maioridade, é adentrar no sistema socioeducativo, principalmente na execução das medidas. Atualmente o interesse maior das pessoas que são a favor dessa redução, é para que os atos violentos cometidos pelos menores não fiquem impunes, principalmente se for visto pelo lado das vítimas. De acordo com a Lei 8.069/90 a internação serve para coibir atos violentos ou não aceitos, privando o menor de sua liberdade. Contudo, diante do aumento da violência e da marginalidade a internação não é suficiente, ou a maneira que ela é administrada, processada e executada.

De acordo com o art. 121 §1º do ECA, a internação não poderá ultrapassar 3 anos, e mesmo assim há adolescentes que voltam a cometer crimes, mesmo após ficarem internados por 3 anos. Logo é levantada a questão da eficiência das medidas educativas de internação. Afinal a sociedade e o mundo que nos encontramos, vive de uma evolução constante e por vezes rápidos até demais. Assim acontece com as nossas mentes, seja pelo avanço da tecnologia, da informação, mas que de certa forma contribuem para a nossa capacidade de discernimento em relação as coisas que nos cercam, assim o é para os jovens infratores. Mesmo privados de sua liberdade, não estão excluídos disso.

NEUROCIÊNCIA COGNITIVA E O DESENVOLVIMENTO COGNITIVO

A neurociência é a área que estuda todo o sistema nervoso, de forma complexa. De forma mais específica, “Neurociência é a área que se ocupa em estudar o sistema nervoso, visando desvendar seu funcionamento, estrutura, desenvolvimento e eventuais alterações que sofra.” MARQUES (2019). Já a neurociência cognitiva “é a ciência que busca entender como a função cerebral dá lugar às atividades mentais, tais como a percepção, a memória, a linguagem, incluindo a consciência” (MOURÃO; OLIVEIRA; ALBRIGHT; *apud* KANDEL *et al.* Neurociência Cognitiva e desenvolvimento humano, 2017, p.23). Veja-se que a neurociência é uma área de vasto conhecimento ligado a mente humana, e seus mais complexos polos. O estudo do cérebro e dos elementos que o compõe, nos leva ao caminho de várias outras áreas de conhecimento que nos levam ao estudo mais aprofundado do comportamento humano, desde o ser recém-nascido até a sua fase adulta e nessa evolução as etapas que se constrói, diante do desenvolvimento cognitivo.

A redução da maioridade penal, é uma área que diz respeito á imputabilidade penal de menores de dezoito anos. De forma mais aprofundada, além do estudo mais pormenorizado da (in)constitucionalidade, da interpretação legislativa e seu limiar, analisar a redução é adentrar em vários outros campos além do jurídico e penalista. Já que o foco é a imputabilidade às crianças e adolescentes, os estudos e pesquisas também são levantados no âmbito mais científico, como o psicológico, o psiquiátrico, inclusive da neurociência também. Veja-se que um dos discursos que giram em torno da matéria, é sobre a mentalidade desses jovens ainda não estarem formada até os dezesseis anos. Portanto não podendo haver a imputabilidade aos menores de dezoito anos.

Contudo, de acordo com alguns especialistas, o menor possui o discernimento de com-

preensão do caráter do ato ilícito. Para a vice coordenadora do Departamento de Ética e Psiquiatria Legal da Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) a redução poderia ser diminuída, já que nesta idade o jovem já é capaz de entender o caráter ilícito de um ato e escolher entre praticá-lo ou não. MECLER (2013).

O desenvolvimento cognitivo é uma questão de se entender as habilidades mentais, sua organização e estrutura. (MOURÃO-JÚNIOR; OLIVEIRA; FARIA, 2017, p.16). Para Jean Piaget, cientista suíço, um dos maiores pensadores do século XX, “no processo de aquisição de novos conhecimentos, o sujeito é um organismo ativo que seleciona as informações que lhe chegam do mundo exterior, filtrando-as e dando-lhes sentido”. (PIAGET, 1971 *apud* MOURÃO-JÚNIOR; OLIVEIRA; FARIA, 2017, p.17). O jovem é capaz de alterar a realidade a sua volta através de suas ações, detectando suas percepções. Desde criança, há todo um processo cognitivo de desenvolvimento.

Conforme os estudos de Jean Piaget, as crianças passam por 4 estágios cognitivos; a) o sensório-motor, a criança explora seu mundo até os dois anos; b) estágio pré-operacional dos 2 aos 7 anos, neste a criança começa a pensar simbolicamente, sua linguagem progride, como as palavras; c) dos 7 aos 11 anos, é o estágio de operações concretas, neste desenvolve-se o uso de habilidades consideradas importantes de raciocínio; d) dos 11 anos em diante é o estágio de operações formais, as crianças aprendem a fazer representações abstratas de relações. (MOURÃO-JÚNIOR; OLIVEIRA; FARIA, 2017). Como observa-se diante desses estudos a criança passa por todo um processo de desenvolvimento cognitivo em cada fase da sua vida, todos os gestos, linguagem, percepções, pensamentos lógicos e dedutivos e demais elementos que constituem esse crescimento. O objetivo da neurociência cognitiva de acordo com (MOURÃO-JÚNIOR; OLIVEIRA; FARIA, 2017, p.20) “é relacionar a linha do tempo de desenvolvimento cognitivo com o desenvolvimento neural para esclarecer as bases biológicas da cognição”.

O estudo da neurociência cognitiva e do desenvolvimento cognitivo são importantes, pois todo o conjunto que forma o sistema nervoso e a multidisciplinaridade dessa ciência neural, ajuda os especialistas a entenderem melhor o comportamento humano, identificando as possíveis causas de um determinado comportamento ou até mesmo de doenças, incluindo nessa relação até mesmo a mente dos criminosos. O campo da neurociência cognitiva foca no conhecimento do indivíduo, como o raciocínio, a memória e o aprendizado. MARQUES (2019). Tecer uma breve observação relacionado ao raciocínio e o aprendizado no campo da neurociência cognitiva, remete-nos ao avanço das informações no mundo e da expansão de como essas informações estão sendo processadas rapidamente, além da quantidade de pessoas que possuem acesso a isso.

Como mencionado em linhas anteriores, a evolução da tecnologia e das informações no mundo são constantes e gigantescas. Os jovens possuem acesso a isso, logo é cabível para os estudos da redução da maioridade penal analisar esse processo cognitivo juntamente com essa realidade a qual vivemos. É certo que um jovem de 16 anos possui acesso a todas essas tecnologias, seja nas ruas, em casa ou até mesmo nas escolas. Com isso o seu processo de desenvolvimento cognitivo de certa forma também avança de forma gradativa, com aquela realidade que lhe é imposta. Temos exemplos no mundo de crianças com QI elevado, tornando seu fator inteligência muito mais elevado do que a maioria das pessoas no mundo. Logo o legislador, levar em consideração apenas o fator biológico para a imputabilidade penal, peca nas outras

premissas de âmbito psicológico, psiquiátrico e psicossocial.

O psiquiatra britânico Adrian Raine, foi questionado em uma de suas entrevistas, sobre o ponto de vista da neurociência, em relação ao cérebro, quando ele está maduro e a possibilidade de uma pessoa ser julgada como um adulto. Em resposta, ele afirmou que o cérebro humano não está completamente maduro aos 20 anos. Afirmou que os adolescentes de 15 e 16 anos são impulsivos, não controlam suas emoções pelo fato do seu córtex pré-frontal não está completamente desenvolvido. Em alguns casos, ele pode levar até os 30 anos para se desenvolver, e que as disfunções nessa região são encontradas em criminosos. Ainda de acordo com o psiquiatra deveria ser levado em conta o desenvolvimento cerebral para analisar conceitos como o da responsabilidade penal. Afirmou que há pessoas de 19 anos com cérebros funcionando como o de indivíduos de 16 anos, mas também existem pessoas de 15 com cérebro de 20. ROSA (2016).

Com o que afirmou Adrian Raine, o desenvolvimento cerebral deveria ser levado em conta nas questões da maioridade penal, justamente pela neurociência constatar que há a possibilidade de pessoas com menos idade serem mais desenvolvidas do que pessoas de mais idade. E claramente a nossa legislação não levou outros fatores em consideração a não ser o biológico. De acordo com BITENCOURT, Roberto Cezar:

Para definir a “maioridade penal” a legislação brasileira seguiu o sistema biológico, ignorando o desenvolvimento mental do menor de dezoito anos, considerando-o inimputável, independentemente de possuir a plena capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento, desprezando, assim, o aspecto psicológico. (BITENCOURT, Criança e Adolescente: Reflexões Político-Legislativas sobre a Capacidade Civil e a Maioridade penal no Brasil, 2019, p.5).

Observa-se que a análise do fator mental é tão importante quanto o fator biológico, para uma questão de tanta relevância que se encontra nas rodas de debates hodiernamente e possíveis mudanças na legislação pertinente ao assunto.

Relatório psicossocial

O relatório psicossocial é realizado por uma equipe técnica de profissionais psicossociais que atuam na área da psicologia, assistência social e pedagogos integrantes do Judiciário. (COSTA *et al*, 2011, p.380). Este documento além de servir principalmente para o adolescente em conflito com a lei, é utilizado para a tomada de decisão que o juiz for realizar, perante o menor infrator, ou seja, ele é utilizado principalmente na hora da execução da medida socioeducativa.

A medida socioeducativa mais grave é a de internação, onde o menor infrator fica privado de sua liberdade. Nesta medida o período máximo de internação é de até 3 anos, como é especificado no art.121, §3º da Lei 8.069/90. De acordo com o mesmo artigo e parágrafos, não poderá ser excedido o tempo de internação, devendo o menor ser posto em liberdade, ou ser colocado em regime de semiliberdade ou liberdade assistida. O prazo da manutenção da reavaliação desse menor é a cada 6 meses, por decisão fundamentada.

Percebe-se que o relatório psicossocial é um instrumento judicial muito importante para a avaliação subjetiva desses menores, é através dele que os profissionais poderão analisar com rigor mais técnico, o comportamento desses adolescentes, o motivo que os levou a praticar o ato ilícito, e toda a estrutura social, familiar, comunitária, cultural, que fazem parte da vida desses menores. Ao determinar em sentença a medida socioeducativa que o menor irá cumprir,

deve ser observado todos esses fatores, até para que não haja por parte da autoridade judicial, determinado equívoco, por analisar algumas questões de cunho apenas objetivo e não subjetivo. De forma mais técnica, não pode o juiz decretar o menor como delinquente enquanto na realidade o mesmo, não passa de um infrator. Destarte “A delinquência só é reconhecida depois que a sentença precisa é conhecida, avaliada, medida, diagnosticada e tratada, mesmo assim é preciso muito cuidado para não transformar o infrator em delinquente.” (COSTA *apud* Foucault, Adolescente em conflito com a lei: o relatório psicossocial como ferramenta para promoção do desenvolvimento, 2011, p.382).

A nomeação de delinquente e infrator, possuem diferenças e que no âmbito do procedimento judicial, na execução das medidas fazem toda diferença, principalmente nas questões atinentes ao relatório psicossocial e na sentença fundamentada. De acordo com (COSTA *et al*, *apud* FAUCALT, 2011, p.383)

O delinquente se distingue do infrator pelo fato de não somente ser o autor do seu ato (autor responsável em função de certos critérios da vontade livre e consciente), mas também de estar amarrado a seu delito por um feixe de fios complexos (instintos, pulsões, tendências, temperamento).

De acordo com essas afirmações, é necessário que se observe que além dos direitos que são resguardados as crianças e adolescentes, eles possuem direitos e garantias individuais e processuais. O relatório psicossocial é um instrumento totalmente importante a ser levado em consideração no estudo e na possibilidade da redução da maioria penal, pois através dele é que será estudado as probabilidades de reincidência em atos infracionais pelos menores. Há um estudo, uma análise, uma atenção dos profissionais responsáveis, voltados para essas questões de cunho mais subjetivo. A biologia não deve ser o único argumento plausível para a não redução, mas sim todas as áreas que compõem essa estrutura. A psicologia, psiquiatria, pedagogia, as áreas multidisciplinares da neurociência e demais ciências, devem ser englobadas neste estudo tão relevante e minucioso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da neurociência cognitiva e do desenvolvimento cognitivo são essenciais para o entendimento do comportamento humano, em suas várias fases desde o nascimento até o amadurecimento. A biologia não é a única ciência que deve ser levada em consideração a respeito da imputabilidade penal. Portanto se faz necessário o levantamento do estudo de outras áreas científicas, levantadas por profissionais e especialistas para ampliar os conhecimentos da ciência em relação ao ser humano, e tudo que for relacionado a sua estrutura física, mental e comportamental.

Diante disso, analisar os comportamentos do menor infrator, através de um relatório psicossocial é totalmente válido, pois faz com que a autoridade judiciária tenha total discernimento e conhecimento profissional e técnico, do comportamento do menor. Reincidência, atos violentos, desobediência, tudo isso são fatores que podem ocorrer novamente com estes menores, a partir do momento em que eles iniciam o cumprimento das medidas socioeducativas.

Buscar o conhecimento de forma ampla, nos permite aprofundar em aprender mais, não devemos nos refutar apenas ao presente, recorrer ao passado é importante para que o conhe-

cimento da evolução seja compreendido. O estudo das legislações passadas, nos mostra que o Brasil já vivenciou uma punibilidade precoce em relação aos menores, porém isso não é levantado como deveria ser.

Por fim a metodologia aqui ora utilizada, foi suficiente para que se chegasse a novas áreas de conhecimento em relação a punibilidade penal, restou uma gama de possibilidades e métodos ao conhecimento mais aprofundado dessas ideias por ora expostas, através de outras ciências e pesquisas afirmadas.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Marcelo. Imprensa inflama debate sobre redução da maioria, dizem especialistas. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-06/imprensa-inflama-debate-sobre-reducao-da-maioridade-dizem>>. Acesso em: 20 out. 2019

BRASIL. Código Criminal. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 nov. 2019

BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 1940. Lei de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2019

BRASIL. Lei 8.064 de 1990. Lei de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 nov. 2019

BRASIL. Lei nº 10.097. Lei de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019

BRASIL. Lei nº 12.594. Lei de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019

COSTA, Liana Fortunato, *et al.* Adolescente em conflito com a lei: o relatório psicossocial como ferramenta para promoção do desenvolvimento. *Psicologia em Estudo*. v. 16, n. 3, p. 379-387, set 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722011000300005&lang=pt>. Acesso em: 19 nov. 2019.

DEMO, Pedro. Introdução à sociologia: complexidade, interdisciplinaridade e desigualdade social. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522466047/>>. Acesso em: 12 nov. 2019

GAGLIANO, Stolze, P. Novo curso de direito civil v. 1 – Parte Geral. [Minha Biblioteca]. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172771/>>. Acesso em 18 out. 2019

GUIMARÃES, Simone de Jesus. *Revista de Políticas Públicas: Desigualdades sociais, Questão Social e Políticas Públicas*. Jul. 2018. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#BR/vid/741606637>>. Acesso em: 19 nov. 2019

LEITÃO, Thais. Para psiquiatria forense, jovem de 16 anos tem maturidade para escolher entre

cometer ou não um crime. Abr. 2013. Disponível em: < <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-04-22/para-psiQUIATRA-forense-jovem-de-16-anos-tem-maturidade-para-escolher-entre-cometer-ou-nao-um-crime>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

Manole, E.J.D. E. Constituição Federal 11a ed. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520460245/>>. Acesso em: 19 nov.2019

MARQUES, José Roberto. O que é neurociência. Jun. 2019. Disponível em: < <https://www.ibccoaching.com.br/portal/coaching-e-psicologia/o-que-e-neurociencia/>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

MORAES, de, A. Direito Constitucional, 33ª edição. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011302/>>. Acesso em: 19 nov. 2019

NUCCI, Souza, G. D. Estatuto da Criança e do Adolescente, 4ª edição. [Minha Biblioteca]. <Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979959/>>. Acesso em 18 nov. 2019

PARANÁ, Ministério Público do. Idade penal: tabela comparativa em diferentes países: idade de responsabilidade penal juvenil e de adultos. Disponível em: < <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-323.html>>. Acesso em nov. 2019.

PELUSO, Cezar. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 13ª ed. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520460184/>>. Acesso em: 20 out 2019

ROSA, Guilherme. Por dentro da mente dos criminosos. Jul. 2013. Disponível em: < <https://veja.abril.com.br/ciencia/por-dentro-da-mente-dos-criminosos/>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Et al. Criança e Adolescente: Reflexões Político Legislativas sobre a Capacidade Civil e a Maioridade Penal no Brasil. Out 2019. p. 342-348. Disponível em: < <https://app.vlex.com/#BR/vid/589182234>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

UNICEF, Brasil. Pobreza na Infância e na Adolescência. Ag 2018. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/relatorios/pobreza-na-infancia-e-na-adolescencia>>. Acesso em: 19 nov. 2019

WESTIN, Ricardo. Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>>. Acesso em: 14 out. 2019

ZANELATTO, Vilvana Damiani. Maioridade penal x (ir)responsabilidade penal. Jun. 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/majoridade-penal-x-irresponsabilidade-penal/>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, sempre me conduzindo com Suas lições de amor, justiça, fraternidade e compaixão.

A minha mãe, sempre me apoiando e seguindo ao meu lado em todos os projetos da minha vida com seu amor incondicional para comigo.

A minha avó, uma mãe, participando da minha criação e sendo uma das que moldaram o que sou hoje.

Ao meu avô, Adeildo Albuquerque de Gusmão, in memoriam, que supriu o papel de pai em minha vida.

AAYA Editora por publicar o presente estudo e levar a todos a seriedade e o saber das consequências do tema em questão.

Entre defesas e acusações: os desafios de um futuro incerto ao Tribunal Penal Internacional

Fernanda Miler Lima Pinto

Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal. Advogada OAB-MA.



RESUMO

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado pelo Tratado de Roma e aprovado em 1998. As origens para a criação da corte remontam ao período do fim da Segunda Guerra Mundial, quando os vencedores acordaram em instituir maneiras de punir o que passou a ser considerado crime contra a humanidade, e assim foram instituídos os tribunais de Nuremberg e de Tóquio. Mais tarde, outros tribunais ad hoc foram criados para fazer cessar abusos cometidos em outras guerras. A atuação dessas cortes trouxe a possibilidade revolucionária de julgar pessoas que praticaram delitos graves em conflitos considerados de caráter doméstico, os quais até o momento não se enquadravam na legislação penal internacional. A partir disso, decide-se criar um tribunal permanente, para evitar a seletividade de tribunais ad hoc, como ocorreu na investigação e punição dos massacres em Camboja, nos 1970. Assim foi instituída a Corte Penal Internacional, sediada em Haia, na Holanda. O Brasil somente reconheceu a jurisdição do TPI em 2002, quando ratificou o pacto, após aprovação do Congresso Nacional. No entanto, dessa data até hoje, o TPI ainda é um desconhecido para muitos brasileiros. Esse trabalho é desenvolvido a partir de uma análise bibliográfica, buscando fortes nacionais e estrangeiras, artigos científicos, livros, matérias jornalísticas e entrevistas sobre o assunto. O objetivo aqui é apresentar e analisar algumas das principais críticas direcionadas ao TPI que estão contribuindo para sua instabilidade.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. instabilidades. futuro incerto.

ABSTRACT

The International Criminal Court (ICC) was established by the Treaty of Rome and approved in 1998. The origins of the creation of the court date back to the end of World War II, when the winners agreed to institute ways to punish what is now considered a crime against humanity, and so the Nuremberg and Tokyo courts were instituted. Other ad hoc courts were later set up to cease abuses committed in other wars. The performance of these courts has brought the revolutionary possibility of prosecuting people who have committed serious crimes in conflicts considered to be domestic, which so far have not been in international criminal law. Thus, it is decided to create a permanent court to prevent the selectivity of ad hoc courts, as occurred in the investigation and punishment of the massacres in Cambodia in the 1970s. Thus the International Criminal Court, located in The Hague, The Netherlands. Brazil only recognized the jurisdiction of the ICC in 2002, when it ratified the pact, after approval by the National Congress. However, from this date until today, the ICC is still unknown to many Brazilians. This work is developed from a bibliographical analysis, searching national and foreign sources, scientific articles, books, journalistic articles and interviews about this subject. The objective here is to present and analyze some of the main criticisms directed at the ICC that are contributing to its instability

Keywords: International Criminal Court. Rome Statute. instabilities. uncertain future.

INTRODUÇÃO

Recentemente, o Tribunal Penal Internacional (TPI) figurou como alvo de diversas críticas, desde os anúncios de saída de países africanos às duras declarações do presidente estadunidense, Donald Trump, atacando essa corte ao não reconhecer sua jurisdição, legitimidade

e autoridade. Por outro lado, a corte de Haia também tem muitos defensores que buscam as origens desse órgão para justificar sua existência.

Esse trabalho é desenvolvido a partir de uma análise bibliográfica, buscando fortes nacionais e estrangeiras, artigos científicos, livros, matérias jornalísticas e entrevistas sobre o assunto. O objetivo aqui é apresentar e analisar algumas das principais críticas direcionadas ao TPI que estão contribuindo para sua instabilidade. A hipótese inicial que norteia a pesquisa defende que o funcionamento, a política e princípios do TPI, por estarem em desacordo com os movimentos da política global atual comprometem a sustentabilidade dessa corte.

A estrutura do exposto a seguir é organizada em, primeiramente, apresentar aspectos essenciais para compreender minimamente a história, os princípios e o funcionamento do TPI, para em seguida discutir aspectos que estão influenciando o futuro desse órgão. Os resultados de pesquisa demonstram que a hipótese inicial se sustenta, mas não sozinha, sendo necessário apresentar aspectos que a priori não tinham sido considerados como os motivos da saída dos países africanos do TPI e a força da rejeição de potências globais a essa corte.

UMA CORTE EM HAIA: HISTÓRIA, PRINCÍPIOS E CASOS

A história do direito internacional humanitário, em meio à admissão da existência de conflitos armados e à busca de limites às consequências de guerras, convergiu esforços no sentido de estabelecer padrões mínimos de cooperação e autolimitação entre países. A partir disso, impondo restrições ao exercício ilimitado da força, mesmo em situações adversas (conflitos armados), pôde-se construir a possibilidade de confluir normas de interesse recíproco e de inspiração ética (SABOIA, 2000, p. 02). O Tribunal Penal Internacional (TPI) é criado nesse ambiente.

O estatuto de Roma foi aprovado em 1998 e criou o TPI. Esse fato constituiu um importante passo em âmbito internacional para se levar ao julgamento, em uma corte permanente, chefes de estado ou mesmo indivíduos comuns, pela prática de delitos de alta gravidade, que costumavam ficar impunes, principalmente devido ao princípio da soberania. (LEWANDOWSKI, 2002).

Ao final do século XX, algumas circunstâncias motivaram a criação dessa corte, fomentadas por mais de 50 anos. Acerca disso, Saboia (2000, p. 2) destaca três pontos fundamentais: 1) O fim da guerra fria flexibilizou os alinhamentos ideológicos que impediam a movimentação do direito internacional nesse direção; 2) A globalização e interdependência entre os países tornaram cada vez mais necessárias a construção de um conjunto normativo para as relações internacionais, inclusive como forma de proteção contra a atuação ilícita de atores não estatais; 3) Conflitos étnicos, raciais e religiosos acentuados pelas tendências de fragmentação do pós-guerra fria, nos quais ocorreram catástrofes humanitárias, colocaram em risco a ordem jurídica, a paz e segurança internacionais. Isso mobilizou atores internacionais e a opinião pública em favor da capacidade de sanção do direito internacional nessa situação.

A criação desse órgão constituiu um importante passo em âmbito internacional para se levar ao julgamento, em uma corte permanente, chefes de estado ou mesmo indivíduos comuns pela prática de delitos de alta gravidade, que costumavam ficar impunes. Os crimes investigados e julgados pelo Tribunal Internacional Penal são explicitados no artigo 5º do Estatuto de Roma,

quais sejam: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão¹. Esses três primeiros delitos estão definidos nos artigos 6º, 7º e 8º, respectivamente, do estatuto de Roma. No entanto, acerca desse último, até pouco tempo, não existia uma definição concreta para o crime de agressão, a qual somente foi decidida em 2010, após acordo na Conferência de Campala, Uganda, que resultou na Resolução RC/Res.6².

Os efeitos das situações acima destacadas por Saboia ([200-?], p. 02) e a causa das atrocidades cometidas durante o período da Segunda Guerra Mundial, ultrapassando os limites da barbárie com mais de 50 milhões de mortes deram motivos para que os vencedores instituísssem maneiras de punir o que passou a ser considerado crime contra a humanidade. Dessa maneira, foram instituídos os tribunais de Nuremberg e de Tóquio.

Mais tarde, outros tribunais ad hoc foram criados para fazer cessar abusos cometidos em outras guerras durante o período, como no caso da intervenção nas guerras da Iugoslávia e da Ruanda. A atuação dessas cortes trouxe a possibilidade revolucionária de julgar pessoas que praticaram delitos graves em conflitos considerados de caráter doméstico, os quais até o momento não se enquadravam na legislação penal internacional.

A partir disso, decide-se criar um tribunal permanente, para evitar a seletividade de tribunais ad hoc, como ocorreu na investigação e punição dos massacres em Camboja, em 1970. Assim foi instituída a Corte Penal Internacional, sediada em Haia, na Holanda. O Brasil somente reconheceu a jurisdição do TPI em 2002, quando ratificou o pacto, após aprovação do Congresso Nacional³. No entanto, dessa data até hoje, o TPI ainda é um desconhecido para muitos brasileiros e enfrenta diversos problemas para ter sua importância reconhecida e garantir suas decisões. Essas dificuldades se justificam em grande parte também por conta dos princípios que deve seguir e seu histórico de julgamentos. Tendo em vista esses argumentos, destacam-se a seguir em tópicos separados alguns princípios caros ao TPI e também um breve panorama dos casos sob investigação e sob exame preliminar por essa corte.

¹ Enrique Ricardo Lewandowski (2002, p. 192-193) explica resumidamente a definição desses crimes: “O Estatuto define o crime de genocídio como qualquer ato praticado “com intenção de destruir total ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, compreendendo: (1) matar membros do grupo; (2) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; (3) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capaz de ocasionar-lhes a destruição física, total ou parcial; (4) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e (5) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. Os crimes contra humanidade, qualificados como “qualquer ato praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque”, incluem: (1) homicídio; (2) extermínio; (3) escravidão; (4) deportação ou transferência forçada de populações; (5) encarceramento ou privação grave da liberdade física em violação a normas fundamentais de direito internacional; (6) tortura; (7) estupro; (8) escravidão sexual, prostituição compulsória, gravidez imposta, esterilização forçada ou outros abusos sexuais graves; (9) perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais ou religiosos; (10) desaparecimento de pessoas; (11) apartheid; e (12) outras práticas que causem grande sofrimento ou atentem contra a integridade física ou saúde mental das pessoas. São crimes de guerra os praticados em conflitos armados de índole internacional ou não, em particular quando cometidos como parte de um plano ou política para cometê-los em grande escala, abrangendo violações graves das Convenções de Genebra de 1949 e demais leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados, especialmente: (1) homicídio doloso; (2) tortura e outros tratamentos desumanos; (3) ataque a civis e destruição injustificada de seus bens; (4) tomada de reféns; (5) guerra sem quartel; (6) saques; (7) morte ou ferimento de adversários que se renderam; (8) utilização de veneno e de armas envenenadas; (9) manejo de gases asfixiantes ou armas tóxicas; (10) uso de armas, projéteis, materiais ou métodos que causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários; (11) emprego de escudos humanos; (12) morte de civis por inanição; (13) organização de tribunais de exceção; e (14) recrutamento de crianças menores de 15 anos.” O crime de agressão teve sua definição decidida somente em momento posterior. Flávia Piovesan (2012, p. 147) explica: “Em 11 de junho de 2010, o Working Group sobre o crime de agressão adotou a Resolução RC/Res6, que introduz a definição do crime de agressão, os elementos do crime e o exercício de sua jurisdição, visando à emenda do Estatuto de Roma pelos Estados partes. Nos termos da proposta, crime de agressão compreende planejar, preparar, iniciar ou executar um ato de agressão, que, por sua natureza, gravidade e impacto, constitua um manifesta violação à Carta da ONU, por parte de pessoa que esteja efetivamente no exercício do controle do Estado ou que diretamente tenha o controle político ou militar do Estado.”

² Essa resolução está disponível no endereço eletrônico: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf> Acesso em 06 fev 2022

³ O texto do estatuto está disponível no endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm Acesso em 06 fev 2022

Apontamentos acerca de alguns princípios do TPI

O Estatuto de Roma explicita em seus artigos 20 ao 24, os princípios gerais e também regras de aplicação. Acerca dessas, o artigo 21 determina uma hierarquia para a aplicação da lei:

[...] primeiro, o Estatuto de Roma, com as definições e elementos de crimes e regras de prova e processo; depois, aplicação dos tratados e os princípios e regras de direito internacional; não sendo possível a aplicação destes, serão aplicadas as normas e princípios da lei dos Estados onde os crimes foi cometido, desde que estes sejam compatíveis com os princípios do direito internacional. (CHOUKR; AMBOS, 2000, p. 25)

Essa medida demonstra que “a Corte pode passar de uma fonte a outra até chegar na lei aplicável. Na prática significa sempre a possibilidade de recorrer-se à lei nacional, na medida em que o direito internacional não prevê regras em muitas áreas, particularmente na parte geral.” (CHOUKR; AMBOS, 2000, p. 25).

Os princípios consagrados pelo Estatuto do TPI são elencados por Marrielle Maia (2001, p. 73-75): 1) *Nullum crimen sine legem* (não há crime sem lei) – esse representa o conhecido princípio da legalidade, que consta no artigo 11, II, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 2) *Nulla poena sine legem* (não há pena sem lei) – a máxima também se relaciona com o princípio da legalidade, e determina que o condenado somente será punido mediante lei anterior que assim determine; 3) Irretroatividade – “Também ligada ao princípio da legalidade que busca eliminar a possibilidade de julgar, e de sentenças arbitrárias, mediante a aplicação de uma lei posterior ao feito, ou com base normativa prevista por um decreto ou outra disposição que não tenha status de lei.” (MAIA, 2001, p. 74); 4) Responsabilidade penal internacional individual – Esse princípio encontra amparo na jurisprudência do tribunal de Nuremberg⁴ e determina que os tribunais internacionais possuem a competência para investigar suspeitos e julgar acusados de crimes de alta gravidade compreendidos no direito internacional; 5) Exclusão de jurisdição sobre menores de 18 anos – Adota-se a proteção a crianças e adolescentes em conformidade com as convenções internacionais da ONU; 6) Irrelevância de função oficial – Determina que independentemente do cargo ou posição oficial que suspeitos e acusados de praticar os delitos aqui em comento deverão ser investigados e julgados por essa Corte, no momento do cometimento do crime ou posteriormente; 7) Responsabilidade de comandantes e outros superiores – Refere-se à responsabilidade dos chefes militares e outros superiores quanto aos seus comandos, incluindo-se também a responsabilidade por omissão; 8) Imprescritibilidade – Os crimes de julgamento sob competência do TPI são imprescritíveis; 9) Elementos de intencionalidade – “Para os efeitos do Estatuto, entende-se que atua intencionalmente quem, em relação a uma conduta, propõe-se a incorrer nela; em relação a uma consequência, propõe-se a causa-la, ou é consciente de que a produzirá no curso normal dos acontecimentos.” (MAIA, 2001, p. 76); 10) Circunstâncias que excluem a responsabilidade penal – Previstas no artigo 31 do Estatuto de Roma; 11) Erro de fato ou erro de direito – “O erro de fato eximirá da responsabilidade penal, unicamente, se faz desaparecer o elemento da intencionalidade do referido crime; já o erro de direito constitui crime de competência do Tribunal.” (MAIA, 2001, p. 76). É considerado eximidor somente se desaparecer o elemento da intencionalidade. 12) Ordens superiores e disposições legais – As ordens superio-

⁴ Segundo documento disponível do site do Tribunal Penal Internacional (International Criminal Court - ICC), a transcrição de alguns pontos da conferência “Julgamento de Nuremberg”, em ordem do 60º aniversário do julgamento de Nuremberg, durante a presidência do juiz Philippe Kirsch, destaca-se o excerto: “The first principle is that individuals can and should be held accountable for the most serious international crimes. The judgment of the Nuremberg Tribunal famously declared, ‘Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.’ Ensuring accountability is important in itself, but it is also important because allowing impunity for widespread or systematic atrocities can have serious consequences for international peace.” (KIRSCH, 2006, p. 03)

res não são aceitas como circunstâncias eximidoras. Esse princípio já foi consolidado por outros instrumentos internacionais como a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado⁵ e a Convenção contra a Tortura⁶.

Além dessas características, Enrique Ricardo Lewandowski (2002, p. 192) destaca outros dois princípios: a complementaridade e a universalidade. O primeiro, talvez um dos mais notáveis para o TPI, versa que “a Corte somente atua se o Estado que tem jurisdição sobre determinado caso não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de subtrair o acusado à justiça ou de mitigar-lhe a sanção.” (LEWANDOWSKI, 2002, p. 192). O postulado defende que em primeiro lugar os Estados tem o dever de reprimir os crimes capitulados pelo Estatuto de Roma, ainda mais porque o TPI não possui meios para fazer cumprir a pena determinada, ele precisa da cooperação dos estados para que haja uma repressão de modo mais eficaz. A Corte atua de modo subsidiário, quando as instituições nacionais falham no seu dever de investigar e julgar suspeitos e acusados no cometimento de crimes de alta gravidade contra a humanidade. Esse princípio leva em conta de modo determinante a soberania dos estados-parte. Gilberto Vergne Saboia (2000, p. 05) pontua que o TPI age numa lógica diferente dos tribunais ad hoc, visto que esses eram concorrentes e possuíam primazia sobre as cortes nacionais. O TPI, por outro lado, age em caráter excepcional, somente admissível nos casos em que se verifique a incapacidade e falta disposição dos Estados em processar os responsáveis.

O princípio da universalidade determina que “[...] os Estados-partes colocam-se integralmente sob a jurisdição da Corte, não podendo subtrair de sua apreciação determinados casos ou situações.” (LEWANDOWSKI, 2002, p. 192).

Percebe-se, pois, que o pleno funcionamento e eficácia do trabalho efetuado pelo TPI depende da cooperação dos Estados para garantir as decisões e a legitimidade dessa corte. Essa dependência acaba por fragilizar o órgão no caso de ele se encontrar em cenário hostil para sua existência.

Casos sob investigação e sob exame preliminar na corte de HAIA

O processo legal do TPI se divide e segue a ordem de (1) exames preliminares, (2) investigações, (3) fase de pré-julgamento, (4) fase de julgamento, (5) fase de apelação e (6) execução da sentença.

Os exames preliminares são como um juízo de admissibilidade feito pelo procurador (Office of the Prosecutor). Nessa fase, é determinado se há os requisitos mínimos para iniciar uma investigação pela Corte: Se há evidências de crime de suficiente gravidade sob a jurisdição do TPI, se a justiça nacional do país não está trabalhando no caso e há óbices para sua atuação e se a abertura das investigações serve aos interesses da Justiça e das vítimas. Se esses requisitos não forem preenchidos ou se os crimes não se encaixam naqueles sob a jurisdição do TPI, o caso não poderá ser investigado por essa corte.

Passado esse exame, preenchidos esses requisitos, avança-se à segunda fase: a investigação. Depois de juntar evidências e identificar os suspeitos, a acusação requer aos juízes do

⁵ Artigo 6º, I, da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado: “Nenhuma ordem ou instrução emanada de qualquer autoridade pública, civil, militar ou de outra natureza, poderá ser invocada para justificar um desaparecimento forçado. Qualquer pessoa que receba tal ordem ou instrução terá o direito e o dever de não lhe obedecer.”

⁶ Artigo 2º, III, da Convenção contra a Tortura: “A ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificção para a tortura.”

TPI para emitir um mandado de prisão (para isso, conta-se com a cooperação dos estados para fazer a captura e a transferência dos acusados ao TPI) ou uma convocação de apresentação (se o acusado não comparecer voluntariamente, é emitido um mandado de prisão).

No estágio do pré-julgamento, três juízes são encarregados de confirmar a identidade do suspeito e assegurar que esse compreende as acusações que lhe recaem. Após, a acusação, a defesa e o representante legal das vítimas são ouvidos e dentro de 60 dias, os juízes decidem se o caso possui robustez em evidências que o comprovem a existência e se ele tem condições de prosseguir para a fase de julgamento. Essa é a próxima etapa do processo, onde perante três juízes, a acusação deve provar sem dúvidas a culpa do acusado.

Feito isso, os juízes analisam todas as evidências e emitem um veredito de culpa, que possibilita a emissão de uma sentença. Os juízes podem sentenciar uma pessoa a cumprir mais de 30 anos de aprisionamento ou até mesmo, prisão perpétua. Os juízes também podem ordenar reparação às vítimas.

Em seguida, abre-se o período de apelações, que tanto pode ser requerida pela defesa quanto pelo procurador, no que se refere ao veredito de culpa ou à sentença. A apelação é decidida por cinco juízes da câmara de apelações, que nunca são os mesmos das fases anteriores. Essa assembleia determina se a decisão apelada será mantida, alterada ou rejeitada. A decisão proferida nessa fase é um julgamento final, a não ser que a câmara de apelações decida que o julgamento deverá ser refeito.

A última fase se dá com a execução da sentença que tem vigor nos países comprometidos com o Estatuto de Roma e são esses os responsáveis por possibilitar que a decisão dessa corte seja cumprida, pois o TPI não possui força policial e nem órgão de execução. Por esse motivo, é essencial ao funcionamento desse tribunal a cooperação dos estados, especialmente para fazer capturas, transferir presos para o centro de detenção em Haia, congelar bens de suspeitos e fazer cumprir as sentenças.

Até o presente momento, nove casos estão sob exame preliminar no TPI, provenientes dos seguintes países: Afeganistão, Colômbia, Guiné, Iraque/Reino Unido, Nigéria, Palestina, Filipinas, Ucrânia e Venezuela.

Os casos sob a fase de investigação são dos países: Uganda, República Democrática do Congo, Sudão (Darfur), República do Quênia, Líbia, Costa do Marfim, Mali, República Centro-Africana (dois casos), Geórgia, Burundi, Bangladesh/Myanmar.

Uma das principais críticas ao Tribunal Penal Internacional se refere à prevalência de investigações direcionadas aos países africanos. Dos estados listados acima, dez dos doze investigados são originados do continente africano e dois dos nove casos sob exames preliminares são de países da África. Isso significa que mais de cinquenta por cento dos casos se concentram nessa região do globo.

Ao todo, 122 países são estados partes do Estatuto de Roma. Desse número, 33 são estados africanos, 18 são asiáticos, do Leste-Europeu também são 18, 28 originam-se da América Latina e dos Estados Caribenhos, enquanto 25 são da Europa Ocidental e outros estados. Deve-se levar em consideração que a seletividade aos estados africanos não é o único problema que o TPI tem enfrentado. Alguns países que são potências mundiais (sobre os quais recaem

graves acusações de crimes de alta gravidade e repercussão global) não ratificaram o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e são abertamente contra essa corte, como o atual presidente estadunidense, Donald Trump, já deixou claro em pronunciamentos⁷.

O NEBULOSO FUTURO DO TPI

O objetivo proposto por esse trabalho não é de tentar prever o futuro ou fazer afirmações e juízos sobre o valor do Tribunal Penal Internacional, a ideia é buscar conhecer os ataques fervorosos à corte e como isso fragiliza o órgão, de modo a tornar o cenário hostil para sua manutenção. Três pontos já mencionados aqui devem ser retomados nesse momento: 1) o fator da complementaridade (a corte somente age nos países que ratificaram seu estatuto e de forma subsidiária, respeitando a soberania dos estados) e da cooperação (a corte é dependente da cooperação de seus estados partes para ver suas decisões cumpridas); 2) o caso da seletividade penal aos países africanos; e 3) a rejeição de algumas potências mundiais ao TPI.

O primeiro ponto destacado, quanto aos princípios da complementaridade e cooperação do TPI, reflete como o ordenamento jurídico mundial se organiza muito mais íntimo de uma ideia de soberania territorial que de justiça universal pautada em valores humanos. Paula Escarameia (2003, p. 27) expressa claramente essa relação ao afirmar que

As características de uma ordem jurídica mais conservadora, que reflecte a essencialidade da soberania e que olha a organização mundial, primordialmente, não como um conjunto comum de interesses e valores de indivíduos unidos pelos mesmos, mas fundamentalmente como uma divisão territorial sobre a qual Estados exercem soberania, está, contudo, claramente reflectida noutros aspectos do Estatuto, designadamente no facto de este ser um tratado interestadual, de ser necessário o consentimento de algum Estado para que o Tribunal exerça jurisdição sobre o caso em questão (imediate ou mediatamente, como quando o Conselho de Segurança o refere) e pela ideia da complementaridade.

Apesar dessa realidade, no princípio das negociações, o TPI era cotado para fazer parte da Organização das Nações Unidas (ONU), aplicável a todos os estados que participam dessa organização. No entanto, como ensina Paula Escarameia (2003, p. 28), a ideia foi abandonada e o consenso determinou que o TPI “[...] seria constituído por tratado interestadual que vincularia, naturalmente, nos termos do art. 36º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, apenas os Estados Partes no mesmo.”

Para além disso, o Tribunal não tem uma jurisdição universal, sendo necessário, nos termos do art. 12º, que o Estado da nacionalidade do presumível autor ou o do território em que o crime ocorreu sejam partes do Estatuto ou tenham expressamente concordado com a dita jurisdição, salvo se a entidade que refere a situação for o Conselho de Segurança. Deste modo, situações, muito frequentes, em que o autor e o território são de um Estado não Parte, ficam de fora da dita jurisdição, o que reflecte, evidentemente, o pendor intergovernamental de prevalência do conceito de soberania do Estado sobre o de protecção dos direitos humanos dos indivíduos vítimas dos crimes em questão. (ESCARAMEIA, 2003, p. 28)

Por esses motivos, percebe-se a primeira dificuldade para esse órgão se manter de forma efetiva e eficaz. Enquanto a soberania funcionar como óbice para a proteção dos direitos humanos e de valores caros à democracia, o problema de legitimidade e autoridade do TPI difi-

7 O presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump, já declarou publicamente que não apoia o Tribunal Penal Internacional. Trump afirma que o TPI não possui jurisdição, legitimidade nem autoridade e que os EUA nunca abriram mão de sua soberania. Além disso, o presidente acredita que o TPI age na contramão da justiça e do devido processo legal ao atrair para si o papel de jurisdição universal sobre os cidadãos de cada país. Outro ponto forte do seu discurso é a declaração que a América é governada por americanos, e que rejeitam a ideologia de globalismo e abraçam a doutrina do patriotismo”. (Essas declarações estão disponíveis no canal da CNBC Television, no endereço eletrônico: <https://www.youtube.com/watch?v=IYt3hsAWZnk>)

almente será dissolvido.

Nesse sentido, vale convidar ao debate o segundo argumento elencado no primeiro parágrafo desse tópico: o caso da seletividade do TPI com os países africanos. Como foi dito anteriormente, se a ideia de proteção dos direitos humanos não for colocada como algo universal e a necessidade de investigar, julgar e punir crimes contra a humanidade não for uma prioridade, é muito difícil imaginar que um estado poderá fortalecer um órgão que poderá fazer aquilo que ele se omite ou mesmo prejudicar seus protegidos.⁸ A África, desde o princípio, foi uma grande aliada do Tribunal de Haia, sendo o continente com mais estados signatários do estatuto de Roma (33 países). Além disso, a procuradora Fatou Bensouda, em entrevista, alerta para essa crítica, argumentando que a África sempre se engajou na causa do TPI, com representatividade na corte e tendo casos como o de Uganda, República Democrática do Congo, República Centro-Africana, Mali e Costa do Marfim em que os próprios países chamaram o TPI para investigar e processar seus acusados, porque se sentiam incapazes de fazer isso (4.3 INTERVIEW, 2016, on-line).

No entanto, os problemas já mencionados e também com causa do terceiro ponto aqui elencado (a forte crítica das potências globais que não reconhecem o TPI) trouxeram outras consequências. Em outubro de 2016, a relação da África com o TPI sofreu uma ruptura. Três estados africanos (Burundi, África do Sul e Gambia) expressaram publicamente sua intenção em denunciar o estatuto de Roma e se desvincular da corte penal internacional. “Os estados africanos acusam o TPI de ter, para com África, uma atitude neocolonialista e racista, que se traduz numa perseguição e humilhação de líderes africanos.” (GARRIDO, 2017).

A fixação e prevalência de casos direcionados ao continente africano acaba por fortalecer também a já conhecida e propagada relação entre negritude e criminalidade, conforme foi salientado pelo advogado Courtenay Griffiths em entrevista ao jornal Al Jazeera (INSIDE, 2016, on-line). Griffiths (INSIDE, 2016, on-line) também ressalta que a maior parte do TPI é formado por países colonialistas (como França, Alemanha, Espanha e Itália) e que é chegada a hora do continente africano tomar as rédeas do seu próprio destino e fortalecer as suas instituições.

De fato, a falta de cooperação mundial no sentido de responsabilizar sem limites espaciais e pessoais robustece essa ideia. Nessa senda, Carlos Cerda Dueñas (2017, p. 132) assevera:

Sin desestimar el significado que tiene el retiro que anunciaron tres países africanos, la CPI ha padecido, desde su creación, el embate de algunos países que no solo se han negado a ratificar el Estatuto sino que han sido hostiles y abiertos opositores a su existencia, lo que aunado a las críticas recurrentes (procesos largos, solo cuatro sentencias en catorce años, la señalada recurrencia a países africanos, su ambigüedad sobre la complementariedad, etc.) han ralentizado su desarrollo y consolidación. El hecho de que entre sus 123 miembros no figure Estados Unidos, China, Rusia, India o Israel há contribuido a reforzar la sensación de que buscar presuntos criminales africanos es más sencillo (Ferrer, 2016), pero también significa la merma de la universalidad pretendida con su creación y deja la percepción de que estos no miembros cuentan con el privilegio de la eximición, por lo que sus nacionales quedan al margen de persecuciones en un halo de impunidad.

O caso se torna mais delicado porque a União Africana (UA) está passando por um momento de tensão crescente com o TPI, de forma muito fundamentada pelos argumentos an-

⁸ Segundo William A. Schabas (2017, p. 01): “Prosecution for war crimes, however, was only conducted by national courts, and these were and remain ineffective when those responsible for the crimes are still in power and their victims remain subjugated. Historically, the prosecution of war crimes was generally restricted to the vanquished or to isolated cases of rogue combatants in the victor’s army. National justice systems have often proven themselves to be incapable of being balanced and impartial in such cases”.

teriormente expostos. A UA estuda maneiras de fortalecer seus órgãos judiciários, propondo um tribunal unificado (fusão do Tribunal de Justiça da União Africana com o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos) denominado Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos (TAJDH), com jurisdição sobre crimes internacionais. (GARRIDO, 2017)

A medida parece ser uma resposta condizente para o cenário atual em que uma justiça universal se distancia cada vez mais em detrimento de um mundo compartimentalizado.

No entanto, são várias as dúvidas – de natureza jurídica e de relações internacionais –, suscitadas pela criação de um tribunal penal africano. A relação futura entre o TPI e o TAJDH, por omissão da sua clarificação no estatuto do TAJDH, faz prever uma relação difícil entre os dois tribunais. Contudo, parece-nos que a complementaridade entre o TPI e as jurisdições regionais é desejável e este deve cooperar com o TAJDH, no auxílio de meios humanos e materiais, permitindo ao TAJDH ser um ator relevante no combate à impunidade no continente africano. Há também a destacar o mérito dos estados africanos na criação deste órgão judiciário que é inovador ao nível da proposta que faz, quer na economia de recursos, quer na regionalização do direito internacional penal. Independentemente das motivações políticas que estão na base da criação deste órgão e do alargamento das suas competências, valera a pena acompanhar o processo de ratificação do seu estatuto, a instalação do tribunal e a sua atuação futura. No caso de a experiência do TAJDH se revelar um sucesso, então o modelo africano pode ser replicado nos demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (o europeu e o interamericano). Podemos estar a testemunhar uma mudança significativa no paradigma da justiça internacional e no combate à impunidade em qualquer parte do mundo. (GARRIDO, 2017)

Levando em consideração essas percepções de Rui Garrido sobre as transformações que esse impasse com o TPI pode gerar e as diversas e crescentes críticas à corte de Haia, resta se perguntar qual o futuro desse órgão e do direito penal internacional. Questionamento esse, que resiste e assiste paciente o desenrolar dos próximos capítulos da política global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal Penal Internacional (TPI) surgiu em um momento de desestabilização e descrédito do modelo anterior, em que os estados com suas cortes nacionais eram os únicos responsáveis para investigar e processar crimes de guerra. Desse modo, na maior parte dos casos reinava a impunidade, justamente porque os responsáveis pelos crimes ainda estavam no poder do estado e suas vítimas continuavam subjugadas (SCHABAS, 2017). Desse modo, Schabas (2017) explica que historicamente a persecução de crimes de guerra estava nas mãos dos vencedores e poderosos, de modo que a justiça nacional dos estados se provou incapaz de ser razoável e imparcial nesses casos.

Com o objetivo de ser uma corte permanente para evitar a seletividade proveniente dos predecessores tribunais ad hoc, o TPI foi criado pelo Estatuto de Roma e aprovado em 1998. Desde 2002, quando se tornou efetivo com a ratificação de 60 países, o TPI que não trabalha com jurisdição retroativa, tem poucos casos em sua análise e muitas críticas ao redor do mundo.

Esse trabalho objetivou destacar alguns aspectos essenciais da história, princípios e casos do TPI, de modo a expor algumas das críticas mais contundentes a essa corte e questionar por fim o futuro desse órgão. Essa discussão se pauta em três pontos onde residem alguns dos principais problemas enfrentados pelo TPI: 1) a dependência da complementaridade e da cooperação; 2) o caso da seletividade penal aos países africanos; e 3) a rejeição de algumas potências mundiais ao TPI.

A hipótese confrontada é em parte derrubada ao perceber que a crise de legitimidade, autoridade e sustentabilidade do TPI não depende unicamente das ações dessa corte, mas principalmente do cenário político global em que ela se insere nesse momento e das declarações de países expressamente contrários à corte. Isso se deve a um desejo mútuo de fazer com que esse tribunal seja efetivo e de enfrentar e reduzir o problema da impunidade em crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e de agressão, o que não parece ser um propósito de consenso global. Por esse motivo, países que pensam numa linha contrária acabam se vendo sobrecarregados, enquanto outros sujeitos globais acusados de graves delitos se escusam da responsabilidade amparados em sua soberania e não obediência ao estatuto do TPI.

Sem a intenção de discutir o valor dos julgamentos e a imparcialidade da corte, mas de analisar o quão favorável é o ambiente atual para a manutenção do TPI, observa-se que o futuro da corte parece atravessar densas nuvens de hostilidades.

REFERÊNCIAS

4.3 INTERVIEW with ICC Prosecutor Fatou Bensouda. [S. l.]: Centre for Innovation - Leiden University, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RfQDvPpsT2g>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados. Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 47/133, de 18 de Dezembro de 1992. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecProtTodPesDesFor.html> > Acesso em: 30 nov. 2019

BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm > Acesso em: 30 nov. 2019

BRASIL. Decreto 4.3888, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> >. Acesso em: 30 nov. 2019

DUEÑAS, Carlos Cerda. Incidentes y riesgos de involución en la Corte Penal Internacional. Revista Criminalidad, Bogotá, v. 2, n. 59, p. 125 - 138, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v59n2/1794-3108-crim-59-02-00125.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

ESCARAMEIA, Paula. Prelúdios de uma Nova Ordem mundial: o Tribunal Penal Internacional. IDN – Revista Nação e Defesa, 2ª série, n. 104, p. 11-35, primavera 2003. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/62686060.pdf> > Acesso em 30 nov. 2019

GARRIDO, Rui. Pode o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ser uma solução africana para problemas africanos?. Relações Internacionais, Lisboa, n. 54, p. 55-71, jun. 2017. Disponível em

<http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992017000200005&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 30 nov. 2019.

INSIDE Story - Does the ICC target African states? [S. I.]: Al Jazeera English, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ha7vkb6BE7I>. Acesso em: 30 nov. 2019

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Legal Process. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works/Pages/default.aspx#legalProcess>> Acesso em: 30 nov. 2019

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Situations and Cases. Disponível em: < <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx> > Acesso em: 30 nov. 2019

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. The States Parties to the Rome Statute. Disponível em : <https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx> Acesso em 30 nov. 2019

KIRSCH, Philippe. Applying the Principles of Nuremberg in the International Criminal Court. International Criminal Court, 2007. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/NR/ronlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK_20060930_English.pdf > Acesso em: 30 nov. 2019

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. Estud. av., São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, Aug. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 Nov. 2019.

MAIA, Marrielle. Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SABÓIA. Gilberto Vergne. A criação do Tribunal Penal Internacional. Revista CEJ. Vol. 4, n. 11, mai./ago, 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/tpi_saboia.html>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SCHABAS, William A. An Introduction to the International Criminal Court. 5 ed. New York: Cambridge University Press, 2017.

WHY is the International Criminal Court under attack? - BBC News. [S. I.]: BBC News, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CxfHYjg6MOU>. Acesso em: 30 nov. 2019.

Os fósseis como obras de arte: transversalidade entre direito, paleontologia e arte

The fossils as work of art: transversality between law, paleontology and art

Felipe Torres Vasconcelos

Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito aplicado ao Ministério Público Federal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0280118778878357>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5208-6665>.



RESUMO

O presente estudo discute a relação de transversalidade entre direito, paleontologia e arte, bem como analisa se os fósseis podem ser considerados, juridicamente, como obras de arte. Para alcançar esses objetivos, o estudo apresenta as normas constitucionais e legais a respeito da natureza jurídica dos fósseis no Brasil, demonstra a aproximação entre a paleontologia e museus, bem como faz considerações acerca do conceito de obra de arte, concluindo que os fósseis não são, em regra, obras de arte. A pesquisa discorre, ainda, acerca da influência dos fósseis e das descobertas da paleontologia na arte, utilizando as construções históricas da cidade de Girona, na Espanha, e o sítio paleontológico localizado na cidade de Sousa, Brasil, como exemplos. Da mesma forma, o trabalho trata acerca da influência dos fósseis e da paleontologia nas produções cinematográficas e na paleoarte, ramo da arte que consiste na atividade de reconstrução artística de seres vivos do passado.

Palavras-chave: direito. paleontologia. fóssil. arte.

ABSTRACT

This present study discusses the transversally relationship between law, paleontology and art, and also analyses if the fossils are considered juridically works of art. With these aims, this paper presents the constitutional and legal rules about the legal nature of fossils in Brazil, showing the approximation between paleontology and museums, and also makes considerations about the concept of work of art, concluding that fossils are not works of art, as a rule. This research also discourses about the influence of fossils and paleontological discoveries in the art, using the historical constructions located in the city of Girona, Spain, and the fossil site located in the city of Sousa, Brazil, as examples. In the same way, this work deal whit the influence of fossils and paleontology in the cinematography productions and in the paleoart, branch of art which consists in artistic reconstruction of living beings of the past.

Keywords: law. paleontology. fossil. art.

INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a discutir, juridicamente, a relação de transversalidade entre direito, paleontologia e arte. No Brasil, os estudos jurídicos dos fósseis e da arte ainda estão em desenvolvimento, o que torna a pesquisa nessas áreas um terreno inovador a ser explorado pelos juristas brasileiros.

O Direito da Arte, que corresponde ao ramo do direito que se propõe a dispor acerca de tudo que diz respeito ao artista e às obras de arte, ainda é uma área pouco explorada pelos juristas brasileiros. Os trabalhos jurídicos que tratam sobre o tema no Brasil utilizam, em boa parte, escritos estrangeiros como base bibliográfica de suas pesquisas, o que revela um déficit de produção nacional sobre a temática da arte e do direito (FRANCA FILHO; MEDEIROS, 2019, p. 567 e 581).

De outro lado, a produção legislativa acerca dos fósseis no Brasil ainda é deficitária, baseando-se em disposições do Código de Minas de 1967, que adota uma perspectiva patrimonial

dos fósseis. Desde sua promulgação, o Código de Minas já previa a necessidade de elaboração de lei especial sobre o tratamento jurídico dos fósseis, a qual, passados mais de 50 anos, ainda não foi elaborada pelo Congresso Nacional. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 promoveu uma reaproximação entre os sítios paleontológicos e o patrimônio cultural brasileiro, garantindo a proteção dos fósseis como bens culturais.

Por serem fenômenos culturais que possuem a linguagem como matéria-prima, o direito e arte se relacionam de múltiplas maneiras. Diante dessa transversalidade, didaticamente, é possível classificar o diálogo entre direito e arte em quatro grandes categorias: a) Direito como objeto da arte; b) a arte como objeto do direito; c) a arte como um direito; e d) o Direito como uma arte (FRANCA FILHO, 2015, p. 125). O presente trabalho realiza análise abrangendo a categoria da “arte como objeto do direito”, especificamente no que diz respeito ao conceito jurídico de obra de arte.

Dentre dessa realidade, o presente trabalho tem como objetivos tratar a respeito das relações transversais, ou seja, as influências recíprocas entre direito, paleontologia e arte, bem como verificar se os fósseis podem ser considerados, juridicamente, como obras de arte.

METODOLOGIA

Em relação à metodologia, o presente estudo possui objetivo metodológico exploratório, com técnica de levantamento de dados bibliográfica e documental. Com base na consulta a livros, artigos científicos, textos legais e outros documentos, o trabalho faz considerações qualitativas sobre as relações transversais entre direito, paleontologia e arte, bem como sobre o enquadramento jurídico dos fósseis como obras de arte.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Na comuna de Digne-les-Bains, na França, nos dias 11 a 13 de junho de 1991, realizou-se o 1º Simpósio Internacional sobre a Proteção do Patrimônio Geológico, cujo resultado foi a aprovação da Carta de Digne – Declaração Internacional dos Direitos à Memória da Terra, cujo texto demonstra a preocupação em proteger não apenas a memória do homem, como também a memória da terra, pois “como uma velha árvore registra em seu tronco a memória de seu crescimento e de sua vida, assim também a Terra guarda a memória do seu passado”¹.

A partir da leitura da Carta de Digne, percebemos que a história do homem representa apenas uma pequena parte da história da terra. Antes do homem, há muita história natural para ser revelada e compreendida. Nesse aspecto, os registros fósseis e o seu estudo pela paleontologia representam uma janela a partir da qual podemos olhar o passado da terra e, por conseguinte, o nosso próprio passado.

A história da paleontologia como ciência apresenta como ponto de partida o livro *On Fossil Objects*, publicado em 28 de julho de 1565, pelo naturalista Conrad Gesner. O livro revela como o significado da palavra fóssil se alterou ao longo do tempo, pois Gesner e seus antecessores tratavam o termo fóssil para descrever qualquer objeto ou material desenterrado. Assim,

¹DECLARAÇÃO Internacional dos Direitos à Memória da Terra. Carta de Digne. Trad. Carlos Fernando de Moura Delphim. Rio de Janeiro: CPRM, 2009. p. 1

Gesner lida com o termo fóssil em sentido moderno, como marcas fossilizadas de organismos, mas em um contexto que também incluía uma grande variedade de minérios, cristais naturais e rochas úteis (RUDWICK, 1976, p. 17–18).

Modernamente, os fósseis, conforme o Glossário Ilustrado do Serviço Geológico do Brasil (WINGE, 2020a), representam:

Restos, geralmente de partes duras e resistentes como ossos e dentes, ou qualquer outro vestígio de ser vivo, como moldes, rastros, marcas preservadas, troncos de árvores silicificados, etc.. que indicam, se depositados in situ, a existência desse ser na época de deposição dos sedimentos que deram origem à rocha que os contém.

Por sua vez, de acordo com o mesmo Glossário, a paleontologia consiste no ramo da ciência que, integrando conhecimentos geológicos e biológicos, tem como enfoque o estudo dos fósseis (WINGE, 2020b).

Sob o aspecto jurídico, o primeiro diploma legislativo a tratar dos fósseis no Brasil foi o Decreto-Lei nº 4.146 de 1942, o qual dispõe que “Os depósitos fossilíferos são propriedade da Nação, e, como tais, a extração de espécimes fósseis depende de autorização prévia e fiscalização do Departamento Nacional da Produção Mineral.”² Cerca de vinte e cinco anos mais tarde, o Código de Minas (Decreto-Lei nº 227 de 1967) tratou dos fósseis sob uma perspectiva minerária e econômica, dispondo no seu Artigo 4º que: “considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa.” O Código de Minas ainda previu, no seu Artigo 10, inciso II, que deveria ser elaborada lei especial para tratar das substâncias minerais ou fósseis de interesse arqueológico. Todavia, essa lei nunca foi elaborada pelo Congresso Nacional.

No âmbito internacional, a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação e Transporte e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais de 1970, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 72.312 de 1973, rompe a concepção patrimonial dos fósseis, e considera como bens culturais a categoria dos objetos de interesse paleontológico.

Seguindo a normativa internacional, a Constituição Federal de 1988, no Artigo 216, supera a perspectiva mineral e econômica, passando a dispor sobre os fósseis sob uma perspectiva cultural, elencando os sítios de valor paleontológico como patrimônio cultural brasileiro. Todavia, a perspectiva minerária e econômica dos fósseis não foi esquecida pela Constituição Federal, que classifica como bens da União, no Artigo 20, inciso IX, os recursos minerais, inclusive os do subsolo. Nessa medida, os fósseis seriam bens pertencentes à União.

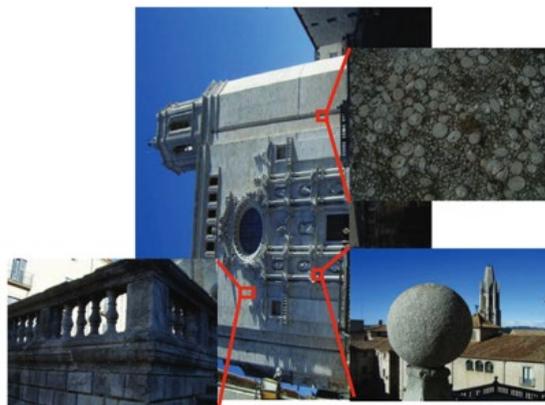
Essa natureza jurídica variável faz com que os fósseis possam ser considerados (i) como patrimônio histórico e, por conseguinte, equiparados às obras de arte construídas pelo homem; (ii) como objeto de estudo da paleontologia, servindo como instrumentos para estudo da história e evolução da vida na terra; além de poderem ser vistos (iii) como bem ou riqueza geológica, sendo utilizados para detectar mudanças climáticas, ou até mesmo (iv) como resíduos minerais sob um aspecto econômico (ABAIDE, 2009, p. 38–39).

A origem natural, geológica, ou mineral dos bens de interesse paleontológico não afasta

² O Departamento Nacional da Produção Mineral (DNMP) foi substituído pela Agência Nacional de Mineração (ANM) na atividade regulação dos fósseis no Brasil, nos termos do art. 2º, XIII, da Lei nº 13.575 de 2017.

a sua natureza cultural e de valor histórico. A acepção de cultura utilizada pelo direito, a qual é produto de classificação dada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) ³, permite concluir que a cultura tem como pilares, a história e a ciência, de forma que os fósseis também podem ser caracterizados como objetos culturais (ABAIDE, 2009, p. 171). A simbiose das situações jurídicas dos fósseis sob o aspecto histórico, cultural, geológico e mineral pode ser observada com precisão na argamassa das construções históricas em Girona, na Espanha, que utiliza fósseis em sua constituição:

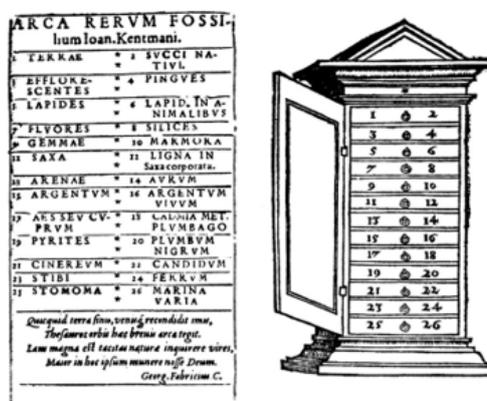
Figura 1 - Construções históricas em Girona



Fonte: ABAIDE, Fósseis: riqueza do subsolo ou bem ambiental?, p. 172

Sobre a caracterização dos fósseis como objetos de arte, o Sistema Harmonizado da Organização Mundial do Comércio inclui as coleções ou peças paleontológicas como trabalhos de arte, ou peças de coleções de antiguidade (SALA, 2013, p. 22–23). Outro elemento que aponta para a aproximação entre fósseis e arte é a importância dos museus para o desenvolvimento da paleontologia. Os museus sempre foram uma área fundamental para o estudo da história natural, de forma que, sem o estabelecimento da tradição dos museus de preservar fósseis, seria difícil de imaginar como a ciência da paleontologia poderia ter surgido e se desenvolvido (RUDWICK, 1976, p. 32). De grande importância nesse aspecto foi a Arca de Johann Kentmann de 1565, a qual representou a primeira ilustração publicada de uma coleção de objetos fósseis expostas em um museu:

Figura 2 - Arca de Johann Kentmann



Fonte: RUDWICK, The meaning of fossils, p. 33.

³ Nessa lógica, o Artigo 1º da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 80.987 de 1977, divide o patrimônio cultural em três categorias: monumentos, conjuntos ou sítios, com valor excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência.

Percebe-se, então, que o estudo dos fósseis e a própria paleontologia tem como origem a exposição e categorização de objetos paleontológicos em museus. Assim, os fósseis e a paleontologia, assim como os objetos de propriedade cultural de importância para a arqueologia, pré-história, história, literatura ou ciência, tais como instrumentos musicais, filmes, flora, móveis, selos postais, ou manuscritos literários são convencionalmente ligados ao direito da arte através da museologia (KANWAR; NEUPANEY, 2020, p. 10).

Feitas essas considerações, chegamos agora na árdua tarefa de apresentar um conceito para obra de arte, categoria notadamente aberta. Nesse sentido, devemos ter em mente que a arte, vista como mercadoria nas sociedades capitalistas, consiste em um produto, originado a partir de atividade criadora de agentes sobre a matéria ou a partir de ideias. Até mesmo a ausência de intervenção direta do artista na matéria prima pode significar um agir artístico (MASCARO, 2015, p. 22)⁴.

Por serem decorrência de um agir artístico, as obras de arte são protegidas pelos direitos autorais. O rol exemplificativo das obras protegidas pelos direitos do autor no Brasil está previsto no Artigo 7º da Lei nº 9.610 de 1998, cujo inciso XIII, expressamente prevê a proteção das “coleções ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual”. Portanto, a legislação expressamente atribui a proteção autoral a qualquer obra, cuja seleção, organização ou disposição configurem uma criação intelectual.

Feitas essas considerações, percebe-se que, sob a perspectiva do direito da arte, os fósseis não seriam, a priori, objetos de arte, pois, na sua gênese, não há necessariamente a participação humana de forma ativa ou passiva, como elemento essencial para que possam ser definidos como obras de arte. Nada impede, no entanto, que os fósseis se transformem em obras de arte, na medida em que se tornem objeto da ação artística humana por intervenção direta ou pela simples seleção ou coleção de objetos fósseis. Podemos ver essa transformação do fóssil em arte, nas construções históricas em Girona que utilizam argamassa com fósseis (FIGURA 1), bem como a partir da exibição de fósseis em meio a uma coleção, a exemplo da Arca de Johann Kentmann (FIGURA 2).

Ademais, a paleontologia e a arte se unem por meio da paleoarte, que consiste na disciplina que integra a arte e a paleontologia, promovendo a reconstrução artística de seres vivos do passado a partir da interpretação que os fósseis oferecem, consistindo em uma importante área da arte (PELEGRIN; SIERRA, 2019, p. 37). Nesse campo, os trabalhos do paleoartista Viktor Dike se destacam, tendo ele sido responsável pela elaboração de diversos painéis que passaram a integrar a exibição denominada o “Legado de Lucy”, recompondo a aparência de australopitecos a partir de interpretação de fósseis. O centro dessa exibição de painéis é o esqueleto fossilizado de Lucy, atualmente exposto no Museu de História Natural de Nova York, que apresenta cerca de três milhões de anos e recebeu esse nome em virtude da famosa música dos Beatles “Lucy in the Sky With Diamonds”, que tocava no local de escavação do fóssil em 1974 (MCNEIL JÚNIOR, 2009).

A paleontologia influencia também fortemente o cinema, na medida em que os fósseis

4 Sobre a intervenção artística na matéria prima, convém lembrar a revolução que Marcel Duchamp provocou ao apresentar suas obras readymade ou esculturas já prontas. Destaca-se dentre essas obras o trabalho conhecido como “Fonte” de 1917, que consistia em um urinol com a posição alterada e uma assinatura do pseudônimo R. Mutt. A partir de Duchamp, o agir artístico de escolher um objeto poderia torná-lo uma obra de arte ((PIRES, 2013, p. 202)).

de dinossauros e sua reconstrução cinematográfica serviram de cenários para filmes desde o desenho animado *Prehistoric Peeps* de 1905, passando pelo clássico longa metragem *The Lost World* de 1925, até a popular trilogia *Jurassic Park* do diretor Steven Spielberg, na qual os fósseis, notadamente os conservados em resina, conhecidos como âmbar, são peças fundamentais no roteiro (GÓRNICKI, 2016, p. 1–4).

Portanto, percebemos como a paleontologia alimenta a arte, por meio das reconstruções promovidas pela paleoarte nos museus e no cinema, bem como a arte também pode influenciar a paleontologia, tendo uma música inspirado o nome de uma das descobertas de fóssil mais importantes da história.

O município de Sousa, no Estado da Paraíba, Brasil, representa um exemplo prático da influência da paleontologia na arte e na cultura. Há cerca de 100 anos, o geólogo Luciano Jacques de Moraes localizou duas trilhas de pegadas de dinossauros no município de Sousa, Estado da Paraíba, Brasil. Por volta de 1975-1976, Giuseppe Leonardi voltou a analisar o local em que Luciano Jacques de Moraes encontrou as pegadas na década de 1920, tendo escavado as duas pistas descritas por Luciano Jacques, bem como descobriu cinco novas pistas de pegadas de dinossauros no mesmo local, denominado Passagem das Pedras (LEONARDI; CARVALHO, 2002).

Como resultado do trabalho dos pesquisadores e da divulgação dos meios de comunicação acerca da existência e importância das pegadas de dinossauros, percebeu-se uma mudança na percepção da população local acerca da relevância desses achados científicos. Essa assimilação influenciou as atividades sociais, esportivas e do comércio local que passaram a utilizar os símbolos dos dinossauros, os quais se tornaram elementos da cultura da região (CARVALHO; FERNANDES, 2007, p. 57). Como resultado dessa confluência entre cultura, arte e paleontologia, as ruas da cidade de Sousa foram tomadas por estátuas de Dinossauros, em boa parte produzidas pelo artista plástico Berg Almeida, que é conhecido na região como “homem dos dinossauros”⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito, a arte e a paleontologia são elementos que transitam dentro da realidade cultural, influenciando-se mutuamente, sendo de extrema relevância a realização de pesquisas jurídicas envolvendo a arte e os fósseis, por serem temas ainda em desenvolvimento no âmbito do direito. O direito regula e protege as obras de arte e os fósseis, que são os elementos de estudo da arte e da paleontologia, sendo que a obra de arte decorre de intervenção humana e os fósseis são resultados de um processo natural.

A fronteira entre arte e paleontologia, por meio do agir artístico, pode se confundir, na medida em que um fóssil, como matéria prima natural, pode se transformar em obra de arte. De acordo com a Constituição Federal de 1988 e com a Convenção de 1970 contra o tráfico ilícito de bens culturais, o fóssil é caracterizado como um bem cultural. Entretanto, embora possua natureza cultural, o fóssil não constitui, juridicamente, uma obra de arte, na medida em que se forma naturalmente, sem necessidade de intervenção humana. Ante o exposto, somente pelo agir artístico o fóssil pode se transformar em obra de arte, como ocorre nas construções históricas em

⁵ ARTISTA é conhecido como “o homem dos dinossauros” pelas esculturas que faz, em Sousa. Reportagem de Eugênia Reis. *Bom Dia Paraíba. Campina Grande: TV Paraíba, 27 dez. 2018. Programa Jornalístico.*

Girona (FIGURA 1) e nas coleções de objetos fósseis, a exemplo da Arca de Johann Kentmann (FIGURA 2).

REFERÊNCIAS

- ABAIDE, J. P. Fósseis: riqueza do subsolo ou bem ambiental? 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- CARVALHO, I. DE S.; FERNANDES, A. C. S. As pegadas de dinossauros da Bacia do Rio do Peixe: elementos de transformação cultural em Sousa, Paraíba, Brasil. In: QUINTA REUNIÓN ARGENTINA DE ICNOLOGÍA Y TERCERA REUNIÓN DE ICNOLOGÍA DEL MERCOSUR. Ushuaia: Laboratório de Geologia Andina, 2007. Disponível em: <https://igeo.ufrj.br/inc/isc/7/7_23.pdf>
- FRANCA FILHO, M. T. O Belo e a Burocracia: a aquisição de obras de arte pela Administração Pública. In: MAMEDE, G.; FRANCA FILHO, M. T.; RODRIGUES JUNIOR, O. L. (Eds.). . Direito da Arte. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117–145.
- FRANCA FILHO, M. T.; MEDEIROS, D. A. O Direito da Arte no Brasil: uma cartografia bibliográfica. Anais do VII CIDIL, v. 1, p. 567–582, 2019.
- GÓRNICKI, S. Education and Outreach: Dinosaurs in the movies. Palaeontology Online, v. 6, p. 1–7, 2016.
- KANWAR, V.; NEUPANEY, J. Transnational Art Law: Maps and Itineraries. In: ZUMBANSEN, P. (Ed.). . Oxford Handbook of Transnational Law. Oxford e New York: Oxford University Press, 2020.
- LEONARDI, G.; CARVALHO, I. DE S. O mais marcante registro de pegadas de dinossauros do Brasil. Sítios Geológicos e Paleontológicos do Brasil, v. 1, p. 101–111, 2002.
- MASCARO, A. L. Sobre Direito e Arte. In: MAMEDE, G.; FRANCA FILHO, M. T.; RODRIGUES JUNIOR, O. L. (Eds.). . Direito da Arte. São Paulo: Atlas, 2015. p. 17–25.
- MCNEIL JÚNIOR, D. G. Where Art and Paleontology Intersect, Fossils Become Faces. The New York Times, 1 jun. 2009.
- PELEGRIN, J. S.; SIERRA, J. S. Un retrato al pasado: el proceso de reconstrucción paleoartística del mastodonte del Valle del Cauca *Notiomastodon platensis* (Gomphoteriidae). Revista Focos, n. 1, p. 37–46, 2019.
- PIRES, E. DE S. De Marcel a Duchamp: a transformação do artista em mito. Revista Travessias, v. 7, n. 17, p. 184–224, 2013.
- RUDWICK, M. J. S. The meaning of fossils. 2. ed. New York: Science History Publications, 1976.
- SALA, C. The Definition of Art in the Customs Law. Dissertação de Mestrado—Turin: University of Turin, 2013.
- WINGE, M. Fóssil. Brasília: CPRM, , 2020a. (Nota técnica).
- WINGE, M. Paleontologia. Brasília: CPRM, , 2020b. (Nota técnica).

As eleições suplementares de 2022 em Itatiaia/RJ e a resolução n° 1201/2021

Paulo César de Souza

Bacharelado em Ciências do Estado na Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-Graduando (lato sensu) em Direito Eleitoral na Faculdade Única de Ipatinga (FUNIP) e Estagiário de Pós-Graduação na Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DPMG)



RESUMO

O presente estudo tem por objetivo abordar as eleições suplementares no município de Itatiaia/RJ em 2022 para a escolha de Prefeito e Vice-Prefeito, por meio de calendário eleitoral específico descrito na resolução nº 1201/2021 do Tribunal Superior Eleitoral, bem como, na resolução nº 23.280, de 22 de Junho de 2010 em que estabelece instruções para a marcação de eleições suplementares. Breve comparativo com o município de Ibité/MG e a judicialização do pleito de 2020. Realizou-se a pesquisa bibliográfica junto aos autores: Castro (2018), Neto (2020), Gomes (2021), Fernandes (2021), consultou as informações publicadas pela Justiça Eleitoral.

Palavras-Chaves: Brasil. eleições suplementares. Ibité-MG. Itatiaia-RJ.

ABSTRACT

This study aims to address the supplementary elections in the municipality of Itatiaia/RJ in 2022 for the choice of Mayor and Deputy Mayor, through a specific electoral calendar described in resolution No. 1201/2021 of the Superior Electoral Court, as well as, in resolution nº 23280, of June 22, 2010, which establishes instructions for the scheduling of by-elections. Brief comparison with the municipality of Ibité/MG and the judicialization of the 2020 lawsuit. A bibliographical research was carried out with the authors: Castro (2018), Neto (2020), Gomes (2021), Fernandes (2021), consulted the information published by the Electoral Court.

Keywords: Brazil. supplementary elections. Ibité-MG. Itatiaia-RJ.

INTRODUÇÃO

No dia 03 de dezembro de 2021, o Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro divulgou calendário eleitoral das eleições suplementares no Município de Itatiaia/RJ, a ser realizada em Março de 2022. A redação do parágrafo 3º, do art. 1º da resolução nº 23.280/2010, prevê a possibilidade de realizar eleições suplementares em situação excepcional, condicionada à prévia permissão do Ministro Presidente do Tribunal Superior Eleitoral.

Os direitos políticos são direitos fundamentais consagrados na Constituição da República de 1988, na qual todo o cidadão possui o direito de votar e ser votado. Nesse sentido, o constituinte elencou como fundamento da Constituição Federal a cidadania e o pluralismo político. O poder emanado do povo, que o exerce por meio de seus representantes, ou diretamente, nos termos da lei (BRASIL, 1988).

Diz Raquel Cavalcanti Ramos Machado (2020, p. 72), a cassação é termo ligado à retirada arbitrária, sem motivação adequada, dos direitos políticos, podendo invocar-se razões genéricas como interesse público, interesse da nação. Para Jaime Barreiros Neto (2020, p. 162), o gozo dos direitos políticos é requisito para o exercício das capacidades políticas ativa e passiva.

Nesse sentido, a importância do estudo das possibilidades de perda e suspensão dos direitos políticos, tema que suscita muita confusão na doutrina, e na própria legislação, tendo em vista a ocorrência de erros constantes quanto aos conceitos de perda e suspensão. Todavia, nos princípios na seara do Direito Eleitoral, não há consenso doutrinário ou jurisprudencial, assim

como não há texto normativo que os enumere exaustivamente. (MACHADO, 2018, P.36)

Diante de sua relevância à condição humana, compreende a literatura jurídica que os direitos políticos são objeto de diversos tratados e convenções, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração dos Direitos Humanos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia o Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Internacional sobre as Pessoas com Deficiência, sendo todos relevantes fontes do Direito Eleitoral.

A doutrina majoritária em sua maioria converge no sentido que a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta nova eleição, independentemente do número de votos anulados.

Ensina Machado (2018, p. 72)

Infere-se da Constituição Federal que o legislador constituinte acolheu essa visão ampla da inserção de adultos na vida política brasileira. Os direitos políticos são assegurados a brasileiros 21 com alguma capacidade de discernimento e que não revelem, objetivamente, grave desprezo aos bens jurídicos mais caros à sociedade. Diz-se objetivamente, porque, para um brasileiro ter seus direitos políticos restringidos, é necessário que esteja configurado, por dados externos (não apenas por um pensar), o desprezo aos bens jurídicos mais caros à sociedade, como, por exemplo, o trânsito em julgado de uma condenação criminal, que macula a capacidade eleitoral ativa e passiva. Assim, a vigente Constituição Federal, em seu art. 15, veda expressamente a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só admite nas hipóteses que enumera taxativamente, a saber: a) cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; b) incapacidade civil absoluta (cuja expressão se esvaziou de significado, 22 como se verá no item próprio); c) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; d) recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa; e, finalmente, e) improbidade administrativa. Antes de passar à análise das hipóteses específicas de restrição, assim, importa distinguir cassação, perda e suspensão de direitos políticos. [MACHADO, Raquel C.R.. 2018, p. 72]

A Cassação de um eleito no cargo público se dá por meio de ação judicial com o pleno direito a ampla defesa e contraditório. Conforme José Jairo Gomes (2020, p. 727) a cassação política significa a perda de direitos políticos, inclusive cargo ou função pública, a título de punição. Com a perda do cargo público-eletivo deixa o cidadão de participar da administração estatal, o que denota restrição à cidadania. Na literatura jurídico-legal é comum o emprego da palavra cassação para expressar a extinção do mandato em razão de responsabilização de seu titular por ilícitos eleitorais.

No ano de 2021, os Tribunais Regionais Eleitorais dos Estados de São Paulo, Mato Grosso, Alagoas, Minas Gerais, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Paraná, Paraíba e Bahia, trataram de organizar calendário eleitoral suplementar envolvendo municípios.

Em Itatiaia/RJ, o pleito estava marcado para o dia 12 de setembro de 2021, conforme resolução nº 1178/2021, aponta instruções no sentido em organizar o calendário eleitoral para a realização de eleições suplementares dos cargos eletivos de Prefeito e Vice-Prefeito dos Municípios de Itatiaia, Santa Maria Madalena e Silva Jardim.

Por conta de uma liminar obtida no Supremo Tribunal Federal o calendário foi modificado. Após decisão prolatada em Dezembro/2021, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro redefiniu o calendário eleitoral de eleições suplementares para 13 de Março de 2022 no município de Itatiaia/RJ.

Em Ibitiré/MG, conforme consulta pública no Diário Judicial Eletrônico do Tribunal Re-

gional Eleitoral de Minas Gerais, o pleito de 2020, apesar dos eleitos terem sido diplomados, atos ocorridos no período eleitoral de 2020 estão em discussão, por meio de demanda, na especializada através de recurso em suposta prática de abuso do poder econômico, sendo que em decisão de primeiro grau, os eleitos ao pleito de 2020 na majoritária foi cassada em Julho/2021 não prosperando nenhum intento recursal, a tendência é de uma (provável) eleição suplementar em 2022, por meio de resolução específica.

RECURSO ELEITORAL - 0600562-07.2020.6.13.0351 - IBIRITÉ - MINAS GERAIS. RELATOR: JUIZ GUILHERME MENDONÇA DOEHLER. RECORRENTE: WILLIAM PARREIRA DUARTE, COLIGAÇÃO CONFIANÇA NO DESENVOLVIMENTO. A recorrente alegou violação ao art. 275 do CE c/c art. 1.022, II, do Código de Processo Civil, a ensejar nulidade do acórdão por omissão. Argumentou que, conquanto tenha apresentado embargos de declaração, persistem omissões no julgado, pois, segundo o voto condutor, especificamente quanto ao uso de percussionistas/músicos na campanha eleitoral, “nos eventos mencionados, não há imagens de grandes multidões sendo conduzidas pelos poucos ritmistas que ali estavam”, assim, deixou de apontar cada uma das ocorrências que foram destacadas na inicial e nos documentos que a instruíram, bem como as circunstâncias específicas reveladas nas imagens. Deduziu que, conforme suscitado nos embargos, a reiteração da conduta caracteriza, além de propaganda eleitoral irregular, abuso do poder econômico e político. No ponto, citou doutrina e jurisprudência sobre a matéria. Afirmou que houve também violação ao disposto nos arts. 19 e 22, caput, e inciso XIV, da LC nº 64/1990, c/c art. 73, § 5º, da Lei nº 9.504/1997, porquanto o recorrido foi condenado, sucessivas vezes, em 6 (seis) processos que tramitaram perante o TSE, pela veiculação de publicidade institucional, durante o período vedado, no site oficial da municipalidade, nas redes sociais Instagram e Facebook, na plataforma Youtube, em diversos outdoors e em mídias adesivas fixadas nas traseiras dos ônibus municipais. Ressalta que, ao julgar os referidos feitos, o TSE manteve a aplicação das sucessivas multas, de sorte que as três causas de pedir da presente ação (e) uso da logomarca da gestão dos investigados durante o período vedado, (ii) apresentação de músicos em eventos de campanha e (iii) uso de servidores na campanha durante o horário de trabalho complementam o rol de ilícitos a demonstrar que os gestores agiram de forma deliberada e estratégica para obter vantagem indevida no pleito. Pontuou que, sem prejuízo do reconhecimento da ocorrência de publicidade institucional em período vedado, o acórdão enseja reforma com relação às outras causas de pedir invocadas na inicial. Salientou que, em inúmeros atos de campanha, a equipe de percussionistas acompanharam os recorridos, conferindo ao evento político um clima carnavalesco, em afronta ao art. 17 da Resolução TSE nº 23.610/201. Asseverou que o acórdão se limitou a repetir o argumento da sentença no sentido de que não constam imagens de grandes multidões nos documentos juntados aos autos, o que não procede, tendo em vista que as cenas dos vídeos apresentados mostram uma razoável concentração de pessoas em cada um dos eventos. Aduziu que, com relação ao uso dos uniformes e do caminhão de coleta de resíduos, os fundamentos do acórdão não foram capazes de afastar a conduta vedada, pois, evidenciado que os servidores permanecem à disposição da municipalidade, demonstrada, portanto, a configuração do ilícito. (RECURSO ELEITORAL Nº 600562-07.2020.6.13.351), Presidente Des. MARCOS LINCOLN, Relator JUIZ GUILHERME MENDONÇA DOEHLER DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico TREMG, Belo Horizonte, 22 de setembro de 2021.

Percebe-se na literatura pátria a atenção e o cuidado ao abordar a cassação de candidato eleito devidamente diplomado, seja pelo Ministério Público ou por qualquer interessado.

Ensina José Jairo Gomes (2016, p. 214)

As inelegibilidades absolutas ensejam impedimento para qualquer cargo político-eletivo, independentemente de a eleição ser presidencial, federal, estadual ou municipal. A ocorrência de uma delas rende ensejo à arguição de inelegibilidade, que pode culminar na negação ou no cancelamento do registro, na anulação do diploma, se já expedido; no caso de abuso de poder econômico ou político, pode haver cassação de registro ou diploma e constituição de inelegibilidade por oito anos após a eleição (LC nº 64/90, arts. 15 e 22, XIV). A impugnação em tela poderá ser feita por qualquer candidato, partido político, coligação ou pelo órgão do Ministério Público. Na sequência, faz-se breve análise das hipóteses legais seguindo-se a mesma ordem em que são apresentadas na Lei Complementar. Para que a exposição não se torne repetitiva, as inelegibilidades constitucionais

reproduzidas no texto legal não serão tratadas, haja vista terem sido objeto de considerações anteriormente.

No Recurso Eleitoral nº 0600562-07.2020.6.13.351, relatoria do Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, na seção de 15 de setembro de 2021, percebemos claramente o propósito em atacar, fato adverso, fugindo completamente à finalidade do instrumento recursal em que prestam, exclusivamente, em sanar omissão, contradição e obscuridade no julgado, nos termos da redação do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, ou, ainda, em situações excepcionais, quando lhe é, eventualmente, conferido efeito infringente, alterar o julgado.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSOS ELEITORAIS. AIJE. CONDUTAS VEDADAS. ABUSO DE PODER POLÍTICO/ECONÔMICO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MULTA. NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS. Diversamente do alegado, o acórdão analisou a gravidade da conduta, entendendo ter a Magistrada aplicado “a reprimenda de forma proporcional e razoável até mesmo porque a logomarca se fez presente em placas e em lixeira pública, bem como em uniformes dos servidores da limpeza urbana municipal.” Portanto, descabe a argumentação do embargante, de que “o fato das supostas publicidades institucionais estarem dispostas em “placas e em lixeira pública, bem como em uniformes dos servidores da limpeza urbana municipal” não pode ser utilizado como circunstância fática para colocar o valor da multa acima do mínimo legal, uma vez que não fora demonstrado pelos Embargados e nem tampouco abordado pelo nobre juízo o certo-desequilíbrio no pleito”. (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ELEITORAL Nº 600562-07.2020.6.13.351), Relator Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico TREMG, Data 23/09/2017.

Em Itatiaia/RJ, o pleito estava marcado para o dia 12 de setembro de 2021, resolução nº 1178/2021, na qual estabelece instruções e aprova o Calendário Eleitoral para a realização de eleições suplementares aos cargos eletivos de Prefeito e Vice-Prefeito dos Municípios de Itatiaia, Santa Maria Madalena e Silva Jardim.

Em breve comparativo entre os municípios de Ibitité/MG e Itatiaia/RJ, as eleições municipais nos respectivos municípios foram judicializadas por acontecimentos em período de campanha eleitoral por atos considerados pelos candidatos concorrentes como ilícito.

Na candidatura do político do município carioca, o motivo foi por uma tentativa de terceiro mandato consecutivo ao disputar o pleito de 2020, segundo a legislação e entendimento doutrinário é inconstitucional.

Em Ibitité/MG, o motivo apontado é a prática de ato ilícito apontado em sentença de primeiro grau pela magistrada Daniela Cunha Pereira, da 351ª Zona Eleitoral.

Ensina Jaime Barreiros Neto (2020, p. 36)

Várias são as fontes diretas do Direito Eleitoral. As mais importantes são a Constituição Federal, Código Eleitoral, a Lei das Eleições (Lei nº. 9.504/97), a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº. 64/90), a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº. 9096/95), além das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral. Nos últimos anos, em especial na década de 1990, com o fortalecimento contínuo da democracia brasileira, surgiram, como se pode perceber, importantes instrumentos normativos regulamentadores do processo eleitoral, como a Lei das Inelegibilidades, a Lei dos Partidos Políticos e, principalmente, a Lei das Eleições. Tal fenômeno, de crucial importância para a consolidação do regime democrático no país, foi fundamental para o fim, ou pelo menos a diminuição, de casuísmos, muito comuns outrora, quando, às vésperas de cada eleição, uma nova normatização surgia, gerando uma grande insegurança jurídica.

A alegação de ilícito eleitoral, nos ensinamentos de Jaime Barreiros Neto, deve-se embasar a discussão nas fontes, isto é, em legislação federal, Constituição da República de 1988 e legislação específica. O exercício da cidadania contribui elevadamente na discussão.

Preleciona Bernardo Gonçalves Fernandes (2021, p. 347)

Cidadania refere-se à participação política das pessoas na condução dos negócios e interesses estatais. Fato é que o conceito de cidadania sofre uma gradativa ampliação ao longo dos anos, principalmente a partir da Segunda Guerra. Antes, ser cidadão era ter capacidade para votar e ser votado (o que, diga-se, ainda é válido para a dogmática do Direito Constitucional). Porém, hoje, compreende-se que a cidadania se expressa por outras vias, além da política, se desenvolvendo também por meio dos direitos e garantias fundamentais, ou da tutela dos direitos e interesses difusos. Assim sendo, podemos afirmar que a cidadania não é algo pronto e acabado, mas se apresenta como processo (um caminho para) de participação ativa na formação da vontade política e afirmação dos direitos e garantias fundamentais, sendo ao mesmo tempo um status e um direito.

O exercício da cidadania, segundo o professor constitucionalista Bernardo Gonçalves Fernandes, ao longo do tempo passou por mudanças. A doutrina aponta o surgimento dos direitos políticos no mesmo entendimento do professor Fernandes.

Conforme Raquel Cavalcanti Ramos Machado (2018, p. 69)

Do ponto de vista histórico, a ideia de direitos políticos surgiu antes da ideia de direitos fundamentais. Nas democracias remotas, os direitos políticos eram assegurados apenas a um pequeno grupo de pessoas, de forma discriminatória, como acontecia, por exemplo, na Grécia, onde escravos e mulheres não podiam votar. Relata Will Durant que, na época Platônica, dos 450 mil habitantes de Atenas, 250 mil eram escravos, sem direitos políticos de qualquer espécie. 10 Com o passar do tempo, diante da percepção da importância da participação popular para a declaração de direitos, a cidadania e a democracia foram alargando sua abrangência, sendo aclamadas gradativamente como integrantes do rol de direitos essenciais ao gênero humano. Assim é que no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é assegurado o direito do cidadão de participar para a formação da expressão da vontade geral. Nos exatos termos do mencionado artigo, “a lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação”. Atente-se, porém, para o fato de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, apesar de sua pretensão universalista como antes referido, não anuncia quem pode ser cidadão. Não estende tal direito, por exemplo, de forma universal a seres humanos das mais variadas classes econômicas e sociais, “instruídas” ou não, como se o conceito de cidadão pudesse ser dado soberanamente pelo Estado, sem atenção a uma ideia plena e já madura de dignidade humana. Seja como for, desenvolveu-se nesse período, a doutrina segundo a qual direitos políticos constituem matéria eminentemente constitucional, atrelada à ideia de Constituição em sentido material, por se tratar de questão relacionada à própria organização estatal, “não havendo Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda a extensão”. 11 São direitos fundamentais de primeira dimensão, equivalendo a um direito de liberdade perante o Estado. Afinal, por meio do voto, o próprio cidadão pode participar da Administração Pública, limitando, ainda que indiretamente, a atuação dos governantes e evitando sua perpetuação no poder.

A realização de eleições suplementares, descrito no parágrafo terceiro da resolução nº 23.280/2010, ocorre em momento excepcional condicionado à prévia autorização do Ministro Presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Aponta a literatura que a nova eleição deve ser marcada dentro do prazo de 20 a 40 a partir do momento em que a decisão for definitiva.

Assevera José Jairo Gomes (2016, p. 727)

O novo pleito deve ser designado pelo Tribunal dentro do prazo de 20 a 40 dias a partir de quando a respectiva decisão judicial se tornar definitiva. Essa solução funda-se em princípios capitais como higidez do pleito, representatividade e legitimidade do eleito para o exercício do poder político-estatal. E se forem invalidados menos da metade dos votos? A hipótese do caput do art. 224 do CE tem por pressuposto a invalidação de mais da metade dos votos. Se a invalidação atingir menos da metade, aquele requisito não será atendido. De sorte que as eleições subsistirão, sendo, inclusive, mantidos os seus resultados. Nessas três hipóteses há invalidação da votação e da respectiva eleição. Tanto assim que um novo pleito deverá ser realizado em substituição ao anterior. A realização da nova

eleição será sempre necessária, independentemente da quantidade de votos invalidados. Deveras é irrelevante que a invalidação atinja mais ou menos da metade dos votos válidos apurados. O citado § 3º prevê expressamente que a eleição suplementar só pode ser realizada “após o trânsito em julgado” da decisão da Justiça Eleitoral. Não é possível, portanto, haver execução provisória da decisão judicial. Também aqui prestigiam-se relevantes princípios como a representatividade e legitimidade do eleito para o exercício do poder político-estatal, bem como o princípio da maioria (que repele a possibilidade de a minoria assumir o poder estatal).

A redação do artigo 2º da resolução 1178/2021, aplicam-se os dispositivos da legislação eleitoral vigente às instruções do Tribunal Superior Eleitoral, bem como, as normas do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro inclusive procedimentos de fiscalização e auditoria do sistema eleitoral da votação.

Eleições Suplementares fora de época não é bom, considerando que a cada dois anos a justiça eleitoral organiza as eleições sendo uma em nível local para as escolhas de Prefeito e Vereadores e outra para a escolha de Presidente da República, Governador, Senador da República, Deputado Estadual e Deputado Federal.

Conforme o Tribunal Superior Eleitoral, a lei dos partidos políticos estabelece regras para as agremiações partidárias, inclusive estão sujeitos a limitações previstas na Constituição da República de 1988 em acesso a recursos públicos como o fundo partidário, fundo especial para financiamento de campanha e o fundo eleitoral.

No pleito eleitoral, a transparência dos recursos públicos sempre foi objeto de preocupação do órgão responsável pela gestão e distribuição do fundo partidário, isto é, o Tribunal Superior Eleitoral. Assim, ao longo dos anos, a especializada sempre empenhou no aprimoramento dos equipamentos de fiscalização dos pleitos, seja nas eleições majoritárias nos Estados e Municípios ou nas Proporcionais, considerando elevada quantidade de candidatos inseridos nesse complexo sistema eleitoral.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. O Tribunal da democracia. 3ª ed. Brasília: Tribunal Superior eleitoral, 2020.

CASTRO, Edson de Resende. Curso de Direito Eleitoral. 9 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

GOMES, José Jairo. Direito eleitoral José Jairo Gomes 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, José Jairo. Recursos Eleitorais. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. Município de Ibitiré/MG. Disponível em < <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/ibirite/panorama> > Acesso em 28 de Dezembro de 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. Município de Itatiaia/RJ. Disponível em < <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rj/itatiaia/panorama> > Acesso em 28 de Dezembro de 2021.

MACHADO, Raquel C.R.. Direito eleitoral 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NETO, Jaime Barreiros. Direito Eleitoral. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

PATRICIO, Émile. Justiça Eleitoral cassa prefeito de Ibitité Disponível em < https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2021/07/19/interna_politica,1287956/justica-eleit-oral-cassa-prefeito-de-ibirite-por-irregularidades-na-campanha.shtml > Acesso em 28 de Dezembro de 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Plenário determina a realização de novas eleições para a Prefeitura de Itatiaia (RJ). Disponível em < <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Dezembro/plenario-determina-a-realizacao-de-novas-eleicoes-para-a-prefeitura-de-italiaia-rj> > Acesso em 28 de Dezembro de 2021.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MINAS GERAIS. Recurso Eleitoral N° 600562-07.2020.6.13.351, Presidente Des. MARCOS LINCOLN, Relator JUIZ

GUILHERME MENDONÇA DOEHLER DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico TREMG, Belo Horizonte, 22 de setembro de 2021.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO DE JANEIRO. Itatiaia terá eleição suplementar para prefeito e vice em 13 de março de 2022. Disponível em < <https://www.tre-rj.jus.br/imprensa/noticias-tre-rj/2021/Dezembro/italiaia-tera-eleicao-suplementar-para-prefeito-e-vice-em-13-de-marco-de-2022> > Acesso em 28 de Dezembro de 2021.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO DE JANEIRO. Itatiaia terá eleição suplementar para prefeito e vice em 13 de março de 2022. Disponível em < <https://www.tre-rj.jus.br/imprensa/noticias-tre-rj/2021/Dezembro/italiaia-tera-eleicao-suplementar-para-prefeito-e-vice-em-13-de-marco-de-2022> > Acesso em 28 de Dezembro de 2021.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SÃO PAULO. Salmourão tem novas eleições municipais neste domingo. Disponível em < <https://www.tre-sp.jus.br/imprensa/noticias-tre-sp/2021/Dezembro/salmourao-tem-novas-eleicoes-municipais-neste-domingo-5> > Acesso em 28 de Dezembro de 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Auditabilidade da aplicação de recursos públicos partidos norteou propostas do SNE ao Congresso. Disponível em < <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Setembro/transparencia-e-auditabilidade-da-aplicacao-de-recursos-publicos-pelos-partidos-norteou-propostas-do-sne-ao-congresso-nacional> > acesso em 25 de Dezembro de 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RES. N° 23.280, DE 22 DE JUNHO DE 2010. Estabelece instruções para a marcação de eleições suplementares. Disponível em < <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2010/rel232802010-htm> > Acesso em 28 de Dezembro de 2021.

Estado de Sítio: uma análise procedimental desse instituto de defesa das instituições democráticas

State of Siege: a procedural analysis of this institute for the defense of democratic institutions

Felipe Curty Grillo

Graduando em Direito pela Faculdade Multivix Cachoeiro de Itapemirim – ES.



RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar o estado de sítio como forma de defesa das instituições democráticas, de maneira que seja esclarecido o que é o estado de sítio, em quais situações pode ser proposto, como pode ser proposto e por quem. Veremos a importância de tal instituto em momentos de grande calamidade nacional, como forma de proteção das instituições e da ordem pública. Ademais, serão examinados os pressupostos de sua instauração, bem como os requisitos, além de todo o procedimento necessário para sua concretização, o que revelará a necessidade de um processo sério, tendo em vista a gravidade da comoção. Outrossim, veremos os momentos da história do Brasil, em que foi necessário se utilizar desse instituto, perpassando momentos do século 20, até os dias atuais. Por fim, traremos quais medidas coercitivas podem ser utilizadas contra a população, aquelas compreendidas como limitadoras de direitos constitucionais estabelecidos no país.

Palavras-chave: estado de sítio. instituições democráticas. defesa.

ABSTRACT

This study aims to analyze the state of siege as a form of defense of democratic institutions, so that it is clarified what a state of siege is, in which situations it can be proposed, how it can be proposed and by whom. We will see the importance of such institute in moments of great national calamity, as a way of protecting institutions and public order. In addition, the assumptions of its establishment will be examined, as well as the requirements, in addition to the entire procedure necessary for its implementation, which will reveal the need for a serious process, given the seriousness of the commotion. Furthermore, we will see the moments in the history of Brazil, in which it was necessary to use this institute, passing through moments from the 20th century, to the present day. Lastly, we will bring which coercive measures can be used against the population, those understood as limiting constitutional rights established in the country.

Keywords: state of siege. democratic institutions. defense.

INTRODUÇÃO

O estado de sítio se faz necessário em situações caóticas de desordem social que venham a ocorrer no meio da sociedade. Por isso, é importante entender seu início e como ele é aplicado e, assim, de forma profunda, como tal medida se revela importante e como essa situação afeta a sociedade de forma geral.

Concomitantemente, situações em que a aplicação do estado de sítio foi importante na história do Brasil, para o bem ou para o mal, revelando as formas e o contexto em que tal medida foi utilizada e também por quem foi utilizada, mostrando assim que as algumas das situações em que o país veio a enfrentar.

Não obstante, é razoável apresentar como se dá a execução dessa medida, deixando claro toda a ordem das situações que deve ser transcorrida até a decretação por completo do estado de sítio, reiterando, dessa forma, que sua aplicação não é necessariamente simples de se ocorrer, mas sim há certa dificuldade em sua decretação, tendo em vista que essa medida

ocorre em situações extraordinárias em que a paz social se encontra gravemente ferida.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O estudo aqui explorado visou apresentar e discorrer sobre uma das mais relevantes formas de defesa das instituições democráticas presentes em nossa Constituição de 1988, apresentando também as limitações impostas aos direitos fundamentais que nos são resguardados.

O estudo se deu basicamente pela pesquisa doutrinária, bem como pela pesquisa de lei seca, onde foi explorado os conceitos e fundamentos necessários para se compreender o estado de sítio e suas consequências práticas num país. Para isso foram utilizadas obras de diversos doutrinadores, a fim de que se tivesse uma gama de análises capazes de serem exploradas na pesquisa.

ESTADO DE SÍTIO COMO FORMA DE DEFESA DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

O Estado de Sítio trata-se de uma suspensão temporária dos direitos e garantias constitucionais, que ocorre pela necessidade de defesa da ordem pública, ou seja, se trata de uma medida temporária usada quando o governo vem a enfrentar situações emergenciais. No estado de sítio o poder legislativo e judiciário passam para o poder executivo, ou seja, o executivo vem a assumir poderes anteriormente atribuídos aos legislativos e ao judiciário. “O estado de sítio, como se pode depreender do anteriormente exposto, consiste na suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais. É essa a lição da doutrina e o ensinamento do próprio constituinte, em 1891”. (FERREIRA FILHO, 2002, p. 330).

Além disso, o estado de sítio só pode ser decretado em três hipóteses, conforme previsto no Art. 137 da Constituição Federal de 1988, sendo elas: A comoção grave ou repercussão Nacional (Inciso I, primeira parte); ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa (Inciso I, parte final); devendo-se frisar que ambas possuem o prazo de não mais que 30 dias. Outra hipótese para decretação do Estado de Sítio é a declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (Inciso II), podendo durar enquanto houver a guerra e a agressão.

A decretação do Estado de Sítio é competência privativa do chefe de Estado (Presidente da República), o mesmo só poderá exercê-lo após ouvir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, junto de uma autorização do Congresso Nacional após relatar suas justificativas, devendo ser decidido por maioria absoluta, mediante decreto legislativo, ou seja, o congresso é consultado antes da decretação do Estado de Sítio, lembrando que pode acontecer no caso de agressão confirmada ou iminente por forças estrangeiras, ou no caso de grave ameaça ou distúrbio da ordem estabelecida pela Constituição. Se não for dada tal autorização o Presidente não poderá decretar, sob pena de crime de responsabilidade política, mas caso venha ser dado essa autorização o presidente passa ter a opção entre decretar ou não, caso aprove deverá ficar em funcionamento até que se encerre o Estado de Exceção. “O soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT: 2004).

Em sua decretação deve conter a duração, as normas necessárias à sua execução, as garantias constitucionais que ficarão suspensas. Somente após publicado, o presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. Além disso, mesmo em caso de comoção ou repercussão nacional, não existe a obrigação em designar a área abrangida dentre todo o território nacional. Dessa forma, o estado de sítio poderá atingir todo o território nacional.

O estado de sítio consiste, pois, na instauração de uma legalidade extraordinária, por determinado tempo e em certa área (que poderá ser o território nacional inteiro), objetivando preservar ou restaurar a normalidade constitucional, perturbada por motivo de comoção grave de repercussão nacional ou por situação de beligerância com Estado estrangeiro. A aplicação de medidas coercitivas e a suspensão de direitos e garantias constitucionais são apenas meios para a consecução de seus objetivos. (JOSÉ AFONSO DA SILVA 2004, p. 748).

Quando o estado de sítio é decretado pela comoção de repercussão nacional, ou de ineficácia das medidas coercitivas tomadas durante o estado de defesa, a constituição traz as medidas que poderão ser aplicadas contra a população durante esse período, conforme o Art.139 da Constituição Federal, podendo ser: De obrigação permanente em determinada localidade, melhor dizendo, seria a suspensão do direito de liberdade; A detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; Restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; A suspensão da liberdade de reunião; A busca e apreensão em domicílio; A intervenção nas empresas de serviços públicos; A requisição de bens.

A estado de sítio em caso de comoção grave de repercussão nacional, portanto, um estado de crise que seja de efetiva rebelião ou de revolução que ponha em perigo as instituições democráticas e a existência do governo fundado no consentimento popular; (b) estado de sítio em caso de ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa, que corresponde, praticamente, na conversão deste em estado de sítio. (JOSÉ AFONSO DA SILVA 2004, p.747)

Já na Hipótese de decretação de estado de sítio em razão de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, é possível a suspensões de qualquer das garantias constitucionais, estando devidamente previstos no decreto presidencial justificado pelo presidente e autorizados pelo congresso nacional. Esse rol é taxativo, no estado de sítio repressivo, depende de qual a gravidade da calamidade para que seja analisado quais medidas devem ser tomadas, já no estado de sítio defensivo (no caso de guerra declarada), até os direitos e garantias fundamentais podem ser suspensos.

ESTADO DE SÍTIO NO BRASIL

Como visto no capítulo anterior, o Estado de Sítio é uma forma de defesa das instituições democráticas. Nesse sentido, é importante mostrar de forma prática como e quando ocorreram algumas dessas situações no Brasil. O primeiro estado de sítio no Brasil foi decretado em 16 de novembro de 1904, pelo, então atual, presidente Francisco de Paula Rodrigues Alves. Esse decreto se deu pela revolta da população quando o presidente supracitado instituiu a lei da vacinação obrigatória, onde foram criadas as chamadas “brigadas de mata-mosquitos”, que agiam de forma hostil, entrando nas casas da população com escolta da polícia militar para realizar a dedetização sem autorização dos moradores da residência.

Enquanto a vacinação não for rigorosamente levada a cabo por ordem policial do mesmo modo que o batismo o é pela igreja, fica o país expostos ao perigo de repentinas e quase irresistíveis epidemias progressivo de varíola e ao despovoamento. (SPIX E MARTIUS, 1817-1820).

Em reação a vacinação obrigatória e a outras medidas impopulares do, então atual, presidente, a população, em cinco de novembro de 1904, saiu às ruas para protestar contra essa medida. Entretanto, poucos dias depois, a população que se opunha percebeu que o governo não ia abrir mão. Assim sendo, ocorreu uma grande revolta que durou seis dias, onde houve saques a lojas, tiroteios, bondes queimados etc. Então, no dia 16 de novembro foi decretado o estado de sítio pelo presidente, onde tropas cercaram a cidade e um dia depois a adentraram e prenderam os revoltosos, assim o governo pode continuar com a campanha de vacinação.

Em 1930, com a vitória de Júlio Prestes para presidente, começou uma revolução que ficaria famosa. Essa revolução marcaria mais um momento de estado de sítio no Brasil. Como dito, Júlio Prestes acabara de ser eleito presidente do Brasil, sucedendo, assim, Washington Luís. Entretanto, a Aliança Liberal, que era oposicionista, não aceitou a derrota de seus candidatos, Getúlio Vargas e João Pessoa, logo, chamaram as eleições de fraudulentas e armaram um levante contra o governo. Depois que esse levante conquistara algumas vitórias em determinados locais, Washington Luís conseguiu permissão do congresso para instaurar estado de sítio em alguns estados, podendo estendê-lo a todo país. Assim sendo, tendo aval do congresso, logo o estado sítio contemplou todo o Brasil, tendo sua vigência programada até 31 de dezembro de 1930. Porém, Washington Luís, no fim do seu mandato foi deposto por militares, antes mesmo de chegar o dia da posse de Júlio Prestes que seria em novembro daquele ano. Dessa maneira, o governo passou para militares de alta patente que, logo depois, em três de novembro, passou o mais alto cargo do executivo para o líder do movimento revolucionário que saiu vitorioso, Getúlio Vargas.

Tal como anotado para o estado de defesa, o juízo de conveniência para a decretação do estado de sítio, por regra, cabe ao Presidente da República, que deverá solicitar prévia autorização ao Congresso Nacional. Contudo, a possibilidade de controle judicial do ato político da decretação, nas hipóteses de abuso de direito ou desvio de finalidade, devendo o controle ser feito Cum Grano Salis, parcimônia e em hipóteses excepcionais (tema polêmico, com divergência doutrinária e ausência de análise específica pelo STF). (LENZA, 2019, p. 1690).

A Revolta Comunista teve seu início em novembro de 1935 e fez com que o governo federal iniciasse uma forte repressão a esse movimento. Essa revolta teve início nas cidades de Natal e no Rio de Janeiro e logo que essa revolta chegou a Pernambuco, o atual presidente do país, Getúlio Vargas foi ao congresso pedir autorização para que fosse decretado estado de sítio em todo o país, sendo a duração de 30 dias. Entretanto, a parte do congresso que fazia oposição a Getúlio Vargas protestou, dizendo que não era necessária tal ação em todo país, já que as revoltas estavam concentradas, principalmente, no Rio Grande do Norte e Pernambuco. Porém, contando com maioria absoluta de parlamentares governistas, o estado sítio foi aprovado e declarou-se que todas as pessoas que tivessem participado dessas revoltas extremistas ou que houvesse suspeitas da participação, elas estariam passíveis de ser mantidas em custódia. Em 24 de novembro daquele ano, foi prorrogado o estado de sítio por mais 90 dias, com a justificativa que os extremistas ainda estavam atuando e que eles ainda não tinham desistido do seu objetivo. E então, em março de 1936 foi declarado estado de guerra quando acabava o estado de sítio, assim conferindo ao chefe do executivo poderes especiais só conferidos em estado de guerra.

ESTADO DE SÍTIO: FINALIDADES

É certa em dizer, que o estado de sítio é uma medida de real importância, para que exista o controle social em casos em que a sociedade pode se encontrar em estado emergencial a qualquer momento, como por exemplo, os países subdesenvolvidos, onde as crescentes desigualdades sociais levam a população a se revoltarem, e muitas vezes expressar de formar radical sua indignação, gerando assim um transtorno social.

Conforme ensinava Rui Barbosa a expressão: 'garantias constitucionais' pode ser tomada em sentido lato e em sentido estrito. Em sentido lato, essa expressão designa 'as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo de suas prerrogativas'. Emprega-se, pois, 'no mesmo sentido em que os ingleses nos freios e contrapesos da Constituição' (...). Em sentido estrito, 'garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana. (FERREIRA FILHO 2002, p. 331).

Com relação às medidas coercitivas que podem ser usadas contra a população (conforme presente no art. 139, I que traz como medida a obrigação de permanecer em localidade determinada), é correto em dizer, que as liberdades individuais podem ser restringidas, afetando assim o dia a dia da população e junto disso atrapalhar para que a mesma possa atuar nos seus afazeres diários, como expressar uma vontade rotineira, fazendo uma correlação com o caso prático supracitado, a Revolta da Vacina, onde o exército cercou a cidade, deixando assim a população privada tanta da liberdade de sair da localidade, como de expressar uma vontade interna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos mencionados, a importância da instauração imediata de um regime excepcional fica visível, além de estar previsto constitucionalmente e se fazer necessário em momentos de crises, como em situações de emergência nacional, agressão efetiva por forças estrangeiras, grave ameaça à ordem constitucional democrática ou em casos de calamidade pública. Tendo como objetivo, restabelecer a ordem pública, ainda que os direitos e garantias individuais fiquem suspensos temporariamente para a defesa de um bem maior, que é do interesse de toda a coletividade.

Não obstante o exposto, fica evidente que, sendo esse um procedimento tão sério e dotado de medidas que restringem direitos constitucionalmente garantidos, há que se ter cautela e fiscalização em sua adoção, não podendo ser utilizado de maneira arbitrária, afinal a Constituição vigente garante à população uma série de direitos, sendo alguns restringidos pelo estado de sítio.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. Estado de Exceção. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2008. 142 p. (Estado de Sítio).

BRASIL ESCOLA. ESTADO DE SÍTIO. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/politica/estado-sitio.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional - Controle de constitucionalidade. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Direitos fundamentais: direito de todos? O dever ético constitucional e a reserva do possível. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-259_Joao_Carlos_Navarro_de_Almeida_Prado.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2021.

FLAITT, Ricardo. Estado de Sítio: Costa-Gavras traça retrato das ditaduras na América Latina. 2014. Disponível em: <<http://cinezenocultural.com.br/site/2013/03/05/estado-de-sitio-costa-gavras-traca-retrato-das-ditaduras-na-america-latina/>>. Acesso em: 20 de mai. 2021.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Direito de Segurança dos cidadãos. Rio de Janeiro: Civilização Liberal, 1978.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006

SCHMITT, Carl. Teologia Política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 29.ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Spix e Martius. Viagem pelo Brasil (1817-1820). Brasília: edição do Senado Federal, 2017.

Regime próprio de previdência municipal e administração pública municipal: um futuro de incertezas

Rafael de Sá Saraiva

Graduado em Direito, Pós-graduado em Direito Administrativo, Pós-graduando em Direito Penal, Professor de Direitos Humanos, Direito Administrativo e Direito Penal em Cursinho Preparatório de Carreiras Policiais.



RESUMO

O uso do Regime de Previdência municipal nos estratagemas políticos e de má gerência, identificando à atuação do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE/PE) no combate e conscientização desta prática desabonadora, citando a importância da proteção dos servidores e aposentados municipais nestas situações, bem como de toda a sociedade, trata-se em fim, de soluções para um futuro que hoje se encontra incerto. O tema em apreço se justifica pela sua relevância dentro do Direito Administrativo, visando fomentar o debate quanto à importância da capacitação de gestores e a criação de políticas públicas que efetivamente coibam o uso indevido das contribuições previdenciárias e a corrupção, trazendo com isto, que reflexos que uma má Gestão Pública Municipal, pode trazer ao futuro dos servidores e sua previdência. Bem como meios técnicos de fiscalização mais profundos. No que concerne ao procedimento técnico, tal pesquisa poderá ser classificada como bibliográfica, sendo também descritiva, por buscar a identificação dos fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência de tais atos etc. Destarte, este trabalho analisará a estrutura da previdência social nos municípios do Estado de Pernambuco, discorrendo acerca da sua origem e previsão legal, bem como sua finalidade enquanto instrumento de desenvolvimento da democracia e justiça social.

Palavras Chaves: previdência municipal. política. corrupção. tribunal de contas do estado.

ABSTRACT

The use of the Municipal Pension Scheme in political stratagems and bad management, identifying the performance of the Court of Auditors of the State of Pernambuco (TCE/PE) in the fight and awareness of this discrediting practice, citing the importance of protecting municipal servers and retirees in these situations, as well as society as a whole, it is ultimately about solutions for a future that is currently uncertain. The subject in question is justified by its relevance within Administrative Law, aiming to encourage debate on the importance of training managers and the creation of public policies that effectively curb the misuse of social security contributions and corruption, bringing with it, what reflexes that a bad Municipal Public Management, can bring to the future of the servers and their social security. As well as deeper technical means of inspection. Regarding the technical procedure, such research can be classified as bibliographical, being also descriptive, as it seeks to identify the factors that determine or contribute to the occurrence of such acts, etc. Thus, this work will analyze the structure of social security in the municipalities of the State of Pernambuco, discussing its origin and legal provision, as well as its purpose as an instrument for the development of democracy and social justice.

Keywords: municipal social security. politics. corruption. state court of auditors.

INTRODUÇÃO

A Previdência Social tem servido como tema para diversas preocupações no cenário mundial, não possuindo tal problema correlação com o nível de desenvolvimento do país, pelo contrário, em virtude de expressiva poupança, a previdência pública assumiu a função de financiadora do desenvolvimento econômico e social (GIAMBIAGI *et al*; 2007), o que terminará gerando, cedo ou tarde, grandes déficits financeiros nas contas públicas, gerando desequilíbrio

nos regimes previdenciários dos servidores da União, Estados e Municípios.

De acordo com Giambiagi *et al.* (2007), o Brasil possui alguns fatores agravantes neste caso, quais sejam: o crescimento das despesas previdenciárias e a precocidade excessiva na concessão de aposentadorias. Desse modo, muitos são os desafios enfrentados pelo estado brasileiro referentes à gestão dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), especialmente no que concerne aos municípios, que carecem de regras que efetivamente possam corresponder às expectativas dos servidores e da sociedade em geral, sem comprometer o todo da gestão governamental.

Destarte, é importante ressaltar que muitos municípios, como forma de fraudar a previdência e evitar o seu alto custo, traçaram caminhos em desacordo com os critérios técnicos necessários para a existência daquela, o que significa dizer que a previdência pública deixou de atender os interesses de uma coletividade para servir aos estrategemas políticos. Sendo assim, será abordado qual tem sido a atuação do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco em relação ao combate à fraude e à corrupção política na previdência municipal, para que se chegue com a seguinte explanação sobre o tema, trago a exposição do seguinte problema: “quais os reflexos que uma má Gestão Pública Municipal, pode trazer ao futuro dos servidores e sua previdência?”

Com um sistema de Previdência considerado precário e ainda com os desvios e uso indevido dos recursos e sem possibilidades de muitas inovações, políticas públicas e de combates ao exposto são os caminhos até o momento mais eficazes. Previdências sem verbas, uso sem controle das verbas recolhidas, ou não repasses dessas contribuições, causaria reflexos impactantes aos contribuintes como o não recebimento de seus proventos, milhares de contribuintes sem renda, e, conseqüentemente sem condições mínimas de se sustentar, bem como o Município pode até chegar a ficar impossibilitado de receber verbas estaduais e federais. Trata-se do futuro de milhares de servidores que mensalmente aplicam um percentual para garantir sua estabilidade e são acometidos pela injustiça de gestores incompetentes e cercados de pessoas sem capacidade para exercer cargos na área de gestão previdenciária.

A presente pesquisa será descritiva (descreverá as situações citadas acima) e explicativa (aprofundará o conhecimento da realidade), tendo em vista que busca identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência de tais atos.

No que concerne ao procedimento técnico, tal pesquisa poderá ser classificada como bibliográfica, pois, para o desenvolvimento desta, serão necessárias pesquisas em livros, internet e artigos publicados, principalmente, por operadores do direito.

Sendo assim, ante o exposto, almeja-se, por meio dos métodos apresentados, que o presente trabalho alcance seus fins desejados, de maneira que sejam observadas as expectativas em relação ao tema e possam servir de base para o engrandecimento do conhecimento profissional.

ORIGEM DA PREVIDÊNCIA MUNICIPAL NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

A grande maioria dos municípios implantaram seus regimes próprios até a promulgação da Emenda Constitucional nº. 20 (em 15 de dezembro de 1998) – marco legal vigente dos RPPS

, sem observar critérios técnicos adequados, gerando graves problemas à administração, o que será discutido mais adiante. Mesmo após a entrada em vigor da referida emenda, os problemas persistiram, não sendo suficiente para que os municípios deixassem de enfrentar graves problemas na gestão de seus regimes próprios

De acordo com Gomes, os RPPS foram instituídos sem qualquer conhecimento de área, não havendo associação técnica entre custeio e plano de benefícios, nem sequer um estudo atuarial, e a mercê de políticos que, em alguns casos, lançaram mão dos recursos previdenciários para investimentos e custeio da máquina pública.

Um dos patrimônios ao longo da vida de um trabalhador no Brasil é a sua aposentadoria, guardada aos cofres da Previdência Social. A seguridade social no Brasil possibilita uma diversidade de benefícios que assistem milhares de segurados. Esse sistema que possui grande dimensão desenvolve um relevante papel na redução das desigualdades sociais e da pobreza. Diante disso, atenta-se para os questionamentos quanto à sustentabilidade desse sistema. O desenvolvimento sustentável da Previdência Social é analisado sob a ótica da dinâmica demográfica e do crescimento da produtividade, para que o sistema possa continuar prestando a proteção social também às gerações futuras.

Mantido através de regimes financeiros preestabelecidos em suas instituições, o sistema de previdência social do servidor público, o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), segue normas e orientações instituídas por seus órgãos reguladores, dentre eles o principal que o Ministério da Previdência Social.

Conceituado a previdência social, passamos a discorrer sobre os Institutos Previdenciários e Fundos de Previdências dos Municípios de Pernambuco, razão pela qual ressalta-se a existência de um total de 146 municípios que aderiram a esse modelo de previdência, dentre todos 97% tem suas contas fragilizadas pelo uso indevido do dinheiro arrecadado (TCE, 2020) e em 2020, o Jornal do Commercio, fez uma reportagem sobre os desafios que novos gestores vão enfrentar e um dos principais era sobre “Problema crônico do déficit da Previdência”.

Ademais, é de suma importância ressaltar que todos os direitos relativos à Previdência Social podem e devem ser considerados direitos fundamentais sociais, ou direitos de segunda dimensão e, devido a tal status e importância, tais direitos têm adquirido força normativa cada vez maior, tendo atingido o seu mais alto grau, no Ordenamento Jurídico pátrio, com o advento da Constituição Federal de 1988, que, além de ser o documento legal pátrio que mais se preocupou em tratar de questões relativas à Previdência Social, merecerá grande destaque no presente estudo, devido aos quais os institutos previdenciários municipais são regidos em parte pela constituição e criados por leis próprias de seus municípios.

Fundamentação legal da previdência municipal

Existem dois regimes previdenciários de filiação obrigatória no Brasil, quais sejam, o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), voltado para os contratados no setor privado, bem como para os servidores não auxiliados por previdência própria, e os Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS, sendo segurado o servidor público titular de cargo efetivo dos entes federativos que os houverem instituído

Vejamos o que dispõe a Carta Magna quanto a isso:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Ainda neste sentido, tem-se que a Constituição Federal de 1988 provocou inovações com consideráveis consequências ao estabelecer o previsto no artigo 39, caput, firmando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam adotar regime jurídico único para contratação de seus servidores. Salientando-se que, em momento anterior, a administração já havia adotado ambos os regimes.

Em contrapartida, a Lei nº. 8.112/1990, que dispõe acerca do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, discorre em seu art. 243 que:

Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação. Grifo Nosso

Deste modo, ficariam submetidos ao regime jurídico estatutário todos os servidores da União, exceto os contratados por prazo determinado. No entanto, mesmo assim, milhares de servidores tiveram seus empregos automaticamente transformados em cargos públicos.

Segundo Silva (2003), não demorou muito para que os Estados e Municípios acompanhassem o exemplo da União, aprovando leis que adotavam o regime jurídico único estatutário, o que permitia a efetivação dos servidores regidos pela CLT. Destarte, isso provocou o crescimento das despesas com pessoal e a extensão dos critérios mais generosos de aposentadoria.

Consoante entendimento de Araújo e Sant'Anna Júnior, a grande quantidade de RPPS criados no início da década de 1990 ocorreu, à priori, por não haver lei federal estabelecendo normas gerais sobre esses regimes, o que possibilitou aos Estados e Municípios exercerem a competência legislativa plena; outrossim, trouxe maior eficácia na cobrança dos créditos do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e possibilitou a retenção de recursos do Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

Em 1998 foram promulgadas a Lei n. 9.717 e a Emenda Constitucional n. 20, sendo ambas um marco institucional que criou regras e reformulou os sistemas de previdência dos servidores públicos. Desta forma, o instituto como conhecemos hoje foi estruturado e efetivamente concedido a partir deste ponto, apesar de ter sido citado pela primeira vez na Lei Orgânica da Previdência Social, em 1960.

Desse modo, após a criação da referida lei, os Municípios que quiserem adotar o regime próprio de previdência social (RPPS) ou previdência municipal, que, na verdade, querem sair do INSS, que gere o regime geral de previdência social (RGPS), devem editar lei e procurar obedecer aos critérios estabelecidos naquela, sem dissociar-se dos princípios contidos nas leis federais e na Constituição Federal.

Diante do exposto, conclui-se que a criação de critérios mais rígidos para a concessão

dos benefícios e a sujeição dos RPPS aos princípios do caráter contributivo e solidário e do equilíbrio financeiro e atuarial, deram início a um processo de reestruturação dos RPPS pelos Estados e Municípios, buscando exterminar grande parte das fragilidades anteriores.

RPPS e a lei de responsabilidade fiscal (LRF)

Serão tratados aqui alguns pontos estabelecidos por dois marcos legais importantes para o entendimento da atual situação dos RPPS brasileiros: a Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, e a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Ao iniciar falando sobre a esta Lei que tem um marco que vem beneficiando no combate aos devaneios dos gestores com o uso da máquina pública. O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, importante órgão de combate à corrupção na Administração Pública, também atua na orientação e capacitação de gestores de toda administração pública, através de sua Escola de Contas Públicas, Professor Barreto Guimarães – ECPBG, é de se contar que recentemente, mais precisamente no início deste ano de 2021, realizou evento com os novos gestores eleitos para o exercício de seus mandatos, abordando o tema "Gestão Pública Responsável, Eficiente e de Transformação Social". O objetivo do encontro foi promover um debate sobre temas de relevância na gestão pública, além de prestar orientações e tirar dúvidas dos participantes sobre administração pública.

Dentre os temas deste seminário, foram palestras sobre a Lei de Responsabilidade, que no ano de 2020, completou 20 anos de sua criação, "Processo Orçamentário Municipal", com João Eudes Bezerra Filho; "Limite de Gastos no Legislativo Municipal e Remuneração de Vereadores", com Rafael Ferreira de Lira; "Julgamento das Contas dos Prefeitos Municipais", por José Gustavo de Almeida; e "Gestão da Previdência do Servidor Municipal", por Marconi Karley, todos servidores do Tribunal de Contas.

A primeira dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos RPPS dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal. Mesmo sendo anterior à reforma de 1998, o citado diploma legal já menciona uma série de exigências que viriam a ser incluídas no texto constitucional através da Emenda Constitucional nº 20/98 e, juntamente com a Lei de Responsabilidade Fiscal, representa uma verdadeira guinada no trato da questão previdenciária no Brasil.

O Regime Próprio de Previdência Social deve e é dirigido por uma unidade gestora, que juridicamente falando, essa unidade gestora trata-se da entidade ou órgão, que integra a estrutura da administração pública. Esta unidade gestora tem em seu objetivo a operacionalização do regime próprio, seu gerenciamento, sua arrecadação de recursos.

RPPS teve sua legislação disposta com a Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro, especificamente com a Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.

Além disso, fica estabelecido que a despesa líquida, que é a diferença entre a despesa total com pessoal inativo e pensionistas dos RPPS dos servidores e dos militares de cada um

dos entes estatais e a contribuição dos respectivos segurados (art. 2º, § 2º da Lei no 9.717/98).

Com pessoal inativo e pensionista dos RPPS de cada um dos entes estatais não poderá exceder a 12% de sua Receita Corrente Líquida, que de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal, entende-se como Receita Corrente Líquida (RCL): o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências e outras receitas correntes, deduzidas, no caso dos Municípios, as contribuições dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira entre os diversos regimes de previdência, prevista na Constituição Federal, em cada exercício financeiro.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, no início de maio de 2020, importante dispositivo para a administração pública, completou seus 20 anos de criação, considerada como um marco de êxito na organização e controle das finanças públicas. Em comemoração aos seus 20 anos de criação, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, deu um passo mais célere na informatização, controle e segurança das informações que estão relacionadas a este tema, na sessão do Pleno do último dia (22), aprovou a Resolução nº 97/2020 que trata de procedimentos para implantar a modalidade processual de Gestão Fiscal por meio eletrônico. A resolução define que a tramitação e a prática dos atos desta modalidade de processo se darão por autuação eletrônica. O processo de Gestão Fiscal, como base, a análise do limite de comprometimento das Prefeituras com as despesas com pessoal em relação à Receita Corrente Líquida na forma e nos prazos da LRF.

A publicação tem como base outra resolução, de nº 21/2013 que dispõe sobre o funcionamento do processo eletrônico no TCE-PE, abrangendo aspectos como o controle da autuação e da tramitação do processo; a padronização de todos os dados e informações compreendidas pelo processo de controle externo; a produção, o registro e a publicidade dos atos processuais e o fornecimento de informações de interesse dos diversos órgãos parceiros, a exemplo do Poder Judiciário, Ministério Público, entre outros.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), por sua vez, estabelece um conjunto de normas no campo das finanças públicas, voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Se por um lado, a LRF serve de estímulo ao aprimoramento da gestão dos recursos públicos, por outro, o seu descumprimento enseja a aplicação de diversas penalidades, podendo ocasionar sérios problemas não só aos dirigentes, mas também à Administração Pública e, conseqüentemente, aos próprios cidadãos.

A LRF define que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

A “despesa total com pessoal” é definida como: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente aos fundos de previdência. São mantidos os limites estabelecidos pela

LC nº 96/1999, ou seja, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os seguintes percentuais da Receita Corrente Líquida: 50% para a União; 60% para os Estados e DF; e 54% para os Municípios.

Em consonância com a Lei de Responsabilidade Fiscal, ao atingir o limite alerta, o Poder Público deve acompanhar com mais rigor os gastos com a despesa de pessoal e evitar variações superiores às receitas. Como medidas que podem ser adotadas para regularizar a situação, a Constituição Federal indica a redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança e a exoneração dos servidores não estáveis. Em casos mais extremos, não sendo tais medidas suficientes, a Constituição autoriza a redução do número de servidores estáveis. Também é facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.

Em matéria previdenciária, a LRF prevê, dentre outras disposições, que o ente da Federação que mantiver ou vier a instituir regime próprio para seus servidores, deverá conferir-lhe caráter contributivo e organizá-lo com base em normas de contabilidade e atuária que preservem o seu equilíbrio financeiro e atuarial. Neste sentido, a LRF apenas reafirma a determinação já introduzida pela EC no 20/98.

Distância entre a previsão legal e a realidade

Percebe-se que há grande distância entre o previsto na Lei Federal nº 9.717/98, na Constituição Federal e, portarias e resoluções do Ministério da Previdência e a realidade, que envolve os regimes próprios de previdência social. Tudo porque entre um extremo e outro, há requisitos que têm a ver com a cultura política brasileira.

Não se podendo esquecer que o Brasil está entre os países mais corruptos do mundo, que o Poder Executivo está alicerçado numa cultura política do mais arraigado clientelismo, que o Poder Legislativo não tem autonomia, quase um departamento do Poder Executivo, e que o Poder Judiciário que em entrevista em uma noite de segunda-feira dia 14 de novembro de 2001, ao programa "Roda Viva", da TV Cultura, Eliana disse que "o maior problema da Justiça está nos tribunais e não na primeira instância". (Jornal o Globo: <http://oglobo.globo.com/>)

Entre a intenção da lei, o objetivo de qualquer política pública, as previsões da Constituição Federal e o restante do ordenamento jurídico nacional e internacional estão os citados poderes, que tem governantes, seres humanos, nem sempre compromissados com a coisa pública.

Os mesmos desmandos que prejudicam os regimes próprios de previdência também prejudicam o regime geral, o que deixa claro que não existe este ou aquele regime melhor que o outro. Bom mesmo é quando qualquer política pública ou qualquer regime de previdência seja administrado com seriedade, de acordo com os fundamentos da República, com os bons princípios da Administração Pública contidos no artigo 37 da Lei Maior. Segurança, credibilidade, transparência, ética e participação são fundamentais.

Por fim, seja qual o regime adotado pelo ente da federação, que ouçam os servidores, futuros segurados, para terem acesso aos prós e contras de qualquer regime. Com certeza chegar-se-á a melhor escolha.

O melhor regime será aquele produto da escolha pelo servidor bem informado, mas tão

informado que entenda cada vantagem e desvantagem de cada regime, seja ele o próprio ou o geral, bem como possa compreender como funciona ou funcionaria cada regime no seu contexto político, social, econômico e cultural local.

FUNCIONAMENTO DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA

De suma importância é iniciar este importante capítulo falando sobre a seguridade social, que compreende um conjunto integrado e ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

É um conceito estruturante das políticas sociais, cuja principal característica é prezar pela garantia universal da prestação de benefícios e serviços de proteção social pelo Estado.

Mas por que esse sistema surgiu? Bom, basicamente ele surgiu da necessidade de estabelecer proteção contra os variados riscos ao ser humano.

“A saúde é direito de todos e um dever do Estado”. Assim estabelece o Artigo 196 da Constituição.

Ela se organiza pelo princípio da integralidade (atinge a totalidade) e da universalidade (contempla todas as pessoas, que estão no território brasileiro), que são princípios fundamentais para compreender o gasto e a necessidade de financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS).

A universalidade da cobertura e do atendimento é objetivo da Saúde, onde é dever do Estado garantir a todos os cidadãos e estrangeiros o acesso do mesmo, que deve ser entendida no seu amplo cuidado, desde o atendimento em um posto de saúde até as políticas de combate e prevenção às endemias.

A assistência social é uma política pública, entendida como área de intervenção do Estado, administrada pelo Conselho de Assistência Social, instituída pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 203, a Assistência Social é disciplinada pela Lei nº 8.742/93 LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social) e conceituada como direito do cidadão e dever do Estado que provê os mínimos sociais (necessidades básicas).

Ela é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social, conforme art. 203 e 204 da Constituição Federal.

Por fim, o terceiro pilar do sistema de seguridade é a Previdência Social. Ela é elaborada a partir de uma lógica contributiva que requer garantir sua sustentabilidade, como princípio estruturante do sistema, legitimando programas de transferência de renda.

É um seguro social, que visa garantir renda ao segurado e contribuinte quando o mesmo perde a capacidade do exercício do trabalho por variados fatores, como doença, invalidez, idade avançada, desemprego, maternidade e reclusão. O contribuinte pode requerer aposentadoria por tempo de contribuição determinado pelos cálculos previdenciários.

A Previdência Social tem, por fim, assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego

involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, conforme se extrai dos arts. 201 e 202 da Constituição Federal.

A organização da Previdência Social obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes: universalidade de participação nos planos previdenciários, mediante contribuição; valor da renda mensal dos benefícios, substitutos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado, não inferior ao do salário-mínimo; cálculo dos benefícios considerando-se os salários de contribuição, corrigidos monetariamente; preservação do valor real dos benefícios; previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional.

Com isto, deve-se deixar bem transparente e claro, que seguridade social e previdência social NÃO são a mesma coisa. Assim, percebe-se que a seguridade social abrange a previdência social, mas também a saúde e a assistência. A previdência, por sua vez, além de ser de filiação obrigatória, tem caráter contributivo, ou seja, quem não contribuir não terá direito aos benefícios desta.

O sistema de previdência social do servidor público, Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), é mantido através de regimes financeiros preestabelecidos em sua instituição que, conseqüentemente, seguem normas e orientações instituídas pelo órgão regulador, Ministério da Previdência Social, de modo que os compromissos futuros, o pagamento dos benefícios, dependem inteiramente da eficácia do regime, das premissas adotadas e da gestão de cada RPPS. O não cumprimento desses fatores pode comprometer o sistema de previdência deste Regime, afetando diretamente inúmeras famílias que contribuíram parte de sua vida trabalhista em troca da garantia de estabilidade e tranquilidade na aposentadoria.

As reformas previdenciárias de 1998 e 2003 introduziram novo marco institucional para os regimes de previdência dos servidores públicos no Brasil, reformulando radicalmente os paradigmas até então vigentes. Dentro desse novo marco, destaca-se a eleição do caráter contributivo e solidário e do equilíbrio financeiro e atuarial como princípios fundamentais de estruturação e organização dos RPPS. Entretanto, ainda hoje os RPPS apresentam, em sua grande maioria, expressivos déficits atuariais, resultado de uma situação de desequilíbrio cuja origem remonta ao período de sua criação, anterior a tais reformas.

O Regime Próprio de Previdência Social é custeado pelas contribuições financiadas pelos servidores ativos, inativos, pensionistas e pelo ente instituidor e sua autarquia, como previsto no artigo 1º, inciso II da Lei Federal 9.717/98. É importante destacar os valores recebidos a título de compensação financeira, em razão do §9º do art. 201 da CF, os valores aportados pelo ente federativo e receitas decorrentes de investimentos e patrimoniais.

Dentre as reformas mencionadas, a principal e mais recente é a Emenda Constitucional nº 103/2019, em uma primeira análise, nada mais essencial do que destacar a importância do princípio da vedação ao retrocesso social, bem como de seu conceito e previsões legais no ordenamento jurídico brasileiro, para que posteriormente possa se discutir o cerne do trabalho de maneira mais clara e objetiva. A princípio, é necessário destacar que o princípio da vedação ao retrocesso social trata-se de um princípio constitucional, a iniciar pela previsão ao artigo 1º, caput e inciso II, da Carta Magna, o qual expõe que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana” (BRASIL,

1988). Demais disso, expõe também o artigo 3º que a intenção da República Federativa do Brasil, conforme elencado, é o de “garantir o desenvolvimento nacional” (BRASIL, 1988).

Tendo isto, a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes (2017), conceitua o princípio da vedação ao retrocesso social como sendo o princípio do qual não seria possível extinguir direitos sociais já implementado, evitando-se, para tanto, verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial. Desta forma, como observado, os direitos fundamentais já adquiridos pela sociedade devem ser veementemente protegidos, para que não sejam reduzidos. Nesta senda, Castro e Lazzari (2019) também conceituam o mencionado princípio de forma que consiste na impossibilidade de redução de direitos fundamentais, inclusive seu alcance (pessoas abrangidas, eventos que geram amparo) e quantidade (valores concedidos), para que só assim seja preservado o mínimo existencial.

As alterações legislativas provocadas pela Emenda Constitucional 103/2019, denominada Reforma da Previdência, promulgada em 12 de novembro de 2019, causaram vários impactos, não só para os trabalhadores, entre eles os servidores públicos, mas também para os entes da federação. Entre os entes da federação, os mais atingidos, até pela menor autonomia financeira, foram os Municípios e seus Regimes Próprios de Previdência Social.

Quando a PEC nº 06/2019, que mais tarde se transformaria na EC nº 103/2019, estava nas mãos do Congresso Nacional, o que se dizia era que os Municípios e Estados estavam fora da reforma da previdência, sendo essa a notícia que havia se proliferado no subconsciente dos servidores municipais e estaduais. Dessa forma, para esses servidores, em nada a reforma repercutiria nos Estados e nos Municípios.

Contudo, essa afirmação era falsa. A PEC 06/2019 trazia diversas alterações constitucionais, principalmente no artigo 40 da Carta Magna, que trata dos Regimes Próprios de Previdência Social, o que impactou imediatamente nesses regimes.

Muitas mudanças impactavam apenas para servidores públicos; outras impactavam apenas nos Regimes Próprios e nos entes da federação; e outras impactavam em ambos. Neste capítulo serão tratadas as principais e mais polêmicas alterações que causaram impacto diretamente nos Regimes Próprios de Previdência Social e nos entes da federação, mais especificamente nos Municípios, que causaram impactos também para os servidores.

O artigo 9º, parágrafo 2º, da Emenda Constitucional nº 103/2019, dispôs que o rol de benefícios dos Regimes Próprios de Previdência Social fica limitado apenas às aposentadorias e pensões por morte.

Era de essencial importância a oitiva dos entes federativos, principalmente os Municípios, que a partir da publicação da Emenda Constitucional tiveram suas despesas aumentadas pela limitação do rol dos benefícios pagos pelo RPPS, como, também, a opinião da classe trabalhadora, pois, não se pode esquecer que o principal objetivo da previdência é assistir as pessoas em momentos de maior dificuldade, tendo suas prestações natureza de direitos humanos, fundamentais e sociais.

Portanto, embora fosse necessária a elaboração de normas que ajustassem o sistema previdenciário, o discurso que norteou a elaboração dessas normas que resultaram da Reforma da Previdência, se limitou à necessidade de ajustes que garantiriam o equilíbrio financeiro e

atuarial dos regimes previdenciários, não sendo considerada, em nenhum aspecto, a razão da existência da seguridade social, que é garantir a dignidade da pessoa humana.

O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS e as políticas públicas

No Estado contemporâneo, pautado pela consagração do Estado social e da progressiva busca pela efetivação da igualdade social, tornou-se indispensável a reorganização da atividade estatal em função de finalidades coletivas, exigindo um planejamento estratégico adequado para sua consecução.

O reconhecimento dos direitos sociais representou um novo paradigma do direito, modificando a postura do Estado para o enfoque prestacional e orientando o modo de atuação dos governos para as políticas públicas.

A política pública representa uma atividade, um conjunto organizado de normas e atos unificados pela finalidade de realização de um objetivo determinado ou, num conceito mais elaborado:

[...] programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006, p. 39)

Desse conceito, extraem-se como elementos da política pública: o programa (conteúdo), a ação-coordenação (atuação coordenada das estruturas do poder público) e o processo (conjunto de atos ordenados a um fim). (BUCCI, 2006, p. 40-46)

Confluem, na política pública, a política e o direito, aquela vislumbrando o modelo e arbitrando os conflitos e expectativas e este lhe conferindo atuação formal e vinculativa, em atuação conjunta do Poder Legislativo e do Poder Executivo. (BUCCI, 2006, p. 37)

Nas políticas públicas o direito não se volta ao já estabelecido, mas a ordenar o presente em direção a determinado futuro socialmente almejado, por meio de uma ordenação prospectiva que exige, além das normas de conduta e de organização, normas definidoras de diretrizes e de metas a serem alcançadas.

O sucesso da política pública em muito dependerá da qualidade do processo administrativo que a precede e programa, contemplando a coleta de informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e vinculação profissional dos servidores públicos e a disciplina dos serviços públicos. (BUCCI, 1997, p. 97) O caráter histórico da administração pública no Brasil, excessivamente formal e patrimonialista e com uma estrutura pouco unificada e coesa, não favorece o planejamento e implementação de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento e à efetivação dos direitos de cidadania.

O equilíbrio financeiro e atuarial é estruturado, de forma destacada, na redação do artigo 40 da Constituição Federal ao lado do caráter contributivo e solidário, como princípio fundamental de estruturação e organização dos RPPS. Esse equilíbrio é caracterizado como uma política pública, pois se trata de um dever assumido pelo Estado de garantir um direito social específico, previdência social, a uma parcela da população (servidores públicos).

É importante destacar a importância do equacionamento do déficit atuarial, regularidade

no repasse das contribuições, política de investimentos e gestão dos benefícios, como objetivos dessa nova política previdenciária que devem conduzir suas aplicações baseadas na transparência, participação, planejamento, capacitação e controle.

Finalmente, há que se referir à distinção estabelecida entre as “políticas de governo” e as “políticas de Estado”, estas se diferenciando daquelas pelo seu horizonte temporal mais longo, algumas vezes medido em décadas e por estarem ligadas a valores consagrados constitucionalmente, o que lhes confere um caráter mais estável e inflexível, capaz de obrigar todos os governos de um Estado, independente do mandato a eles outorgado.

Participação dos segurados na gestão do RPPS

Embora a Constituição permita a participação do servidor na mudança do regime geral para o regime próprio, conforme declarações dos artigos 10 e 194, § único, VII da CF e a Lei Federal nº 9.717, em seu artigo 1º, inciso VI, além de previsão em resoluções e portarias do Ministério da Previdência, isto não acontece na vida real. Pelo contrário, muitas vezes o segurado não tem acesso sequer a sua ficha financeira individual contábil ou as avaliações atuariais.

Quanto a participar do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal do RPPS, pouco representa, pois os representantes da categoria, de fato, são minoria, o servidor conselheiro pouco conhece do tema que é muito técnico. Por outro lado, os conselheiros, mais que simples representantes da categoria, deveriam ser canais, para manter estreito contato com todos os servidores, de forma que sua participação e decisões no conselho espelhassem realmente a vontade da categoria.

Direitos e deveres entre os contribuintes e o poder público

Os deveres do poder público quanto ao seu regime próprio se faz presente na Lei nº 9.717, de 20 de Novembro de 1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.

Os municípios Pernambucanos, não todos, pecam em todos esses incisos, deixando o risco futuro dos segurados elevado. A falta de uma gestão de qualidade, escolha de pessoas qualificadas e a própria falta de interesse do gestor, estão aos poucos comprometendo o futuro dos segurados.

Hoje somente se tem acesso às informações relativas à gestão dos regimes próprios devido à obrigatoriedade recente do TCE junto aos órgãos, justamente para tentar amenizar o tão grande o problema que já se encontra.

Existem também no site do TCE/PE, diversas formas de consultas para que os contribuintes e a sociedade possam fiscalizar as contas, os gastos e as formas que os gestores devem prestar contas. O TCE é um dos principais aliados, se não o principal, no combate a práticas abusivas, desvios, desmandos dos gestores que se utilizam do dinheiro dos contribuintes indevidamente.

A PREVIDÊNCIA MUNICIPAL NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO E SUAS FORMAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Algumas políticas de incentivos fiscais, adotadas por certas empresas no Brasil, estão sendo abandonadas, o que conseqüentemente têm gerado uma diminuição na arrecadação de impostos e de receitas de Estados e Municípios. A situação está resultando na chamada crise financeira dos Municípios e Estados brasileiros. Se não bastasse, o Brasil se encontra mergulhado em uma crise política que parece não ter fim, com uma “guerra” declarada entre o Judiciário e o mundo político, o que atinge diretamente a população, que está tendo seus direitos fundamentais cerceados, bem como os servidores que não estão sendo valorizados, em face do argumento do alcance do teto da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O uso indevido e sem fiscalização do dinheiro dos contribuintes tem transformado os RPPS’s em verdadeiras bombas relógios, que a qualquer momento podem explodir e os únicos prejudicados serão os contribuintes.

De acordo com a Lei complementar nº 101/2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu Art. 43, § 1º, II, é vedada qualquer modalidade de utilização da verba do contribuinte, estando este restrita em uma conta em separado do Município, senão vejamos:

Art. 43. As disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3º do art. 164 da Constituição.

§ 1º As disponibilidades de caixa dos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos, ainda que vinculadas a fundos específicos a que se referem os arts. 249 e 250 da Constituição, ficarão depositadas em conta separada das demais disponibilidades de cada ente e aplicadas nas condições de mercado, com observância dos limites e condições de proteção e prudência financeira.

§ 2º É vedada a aplicação das disponibilidades de que trata o § 1º em:

I - títulos da dívida pública estadual e municipal, bem como em ações e outros papéis relativos às empresas controladas pelo respectivo ente da Federação;

II - empréstimos, de qualquer natureza, aos segurados e ao Poder Público, inclusive a suas empresas controladas.

O Artigo em questão é claro quanto à vedação ao uso dos recursos previdenciários por meios dos gestores, não são permitidas as manobras, empréstimos e qualquer outro meio que se utilize dos recursos para outros fins que não sejam supervenientes a sua destinação legal.

O RPPS de cada município tem que ter uma conta exclusiva e em separado das que são utilizadas para os fins da gestão administrativa. Caso este que se torna uma espécie de poupança, que é aí onde os gestores se utilizam dessa “poupança” para alavancar recursos para uso, quando não se tem caixa.

Atuação e participação do Tribunal de Contas do Estado/PE

Legitimados para fiscalizar e julgar a Administração Pública Municipal e seus entes, o Tribunal de Contas de Pernambuco decidirá sobre a legalidade, a legitimidade, a eficácia, a eficiência e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas, que atuarão através das Auditorias ordinárias e especiais, instauradas pelo Tribunal de ofício ou por provocação de autoridade competente,

quando constatadas situações de excepcionalidade, e ainda para a formalização processual daquelas cuja natureza será atribuída pelo objetivo, extensão e método de procedimentos adotados, incluindo-se os operacionais, seus monitoramentos, e as de tecnologia da informação. (Redação dada pela Lei nº 14.725, de 9 de julho de 2012 e Art. 13, §§ 2º e 3º da Lei Orgânica nº 12.600/04).

Além das auditorias ordinárias e especiais, o Tribunal de Contas se utiliza das prestações de contas anuais para fiscalização e análise financeira das Prefeituras, Câmaras e seus RPPS. Não obstante, o TCE, hoje conta sistemas eletrônicos que os auxiliam no zelo do Dinheiro Público e do contribuinte, tais como e-TCEPE, e-CAP, Sistema Sagres e o LICON, todos os estes sistemas são conjuntos com os municípios, onde o Tribunal acompanha todo o seu passo a passo e está conectado com a máquina pública. (Disponíveis no site do TCE/PE: www.tce.pe.gov.br).

O Tribunal também para atuar em sintonia com os Cidadãos criou além da Ouvidoria, em seu site (www.tce.pe.gov.br) o “Acesso Rápido ao Cidadão” no ano de 2016, com os sistemas do “Tome Conta, Listas Enviadas à Justiça Eleitoral e o Serviço de Informação ao Cidadão”, com isso o TCE, busca aproximar cada dia mais o cidadão não somente ao órgão, mas também aos seus gestores municipais e estarem cientes do que está sendo feito com seu dinheiro.

O TCE/PE participa do Fórum Pernambucano de Combate a Corrupção (FOCCO/PE) que acompanhado do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MTFC), a Secretaria da Controladoria-Geral do Estado de Pernambuco (SCGE-PE), a Controladoria-Geral do Município do Recife (CGM-REC), o Tribunal de Contas da União (TCU), o Tribunal de Contas do Estado (TCE-PE), o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público Estadual (MPPE), o Ministério Público de Contas (MPCO), o Ministério Público do Trabalho (MPT), a Polícia Federal (PF), a Polícia Civil de Pernambuco (PCPE), a Polícia Rodoviária Federal (PRF), a Receita Federal do Brasil (RFB), a Secretaria Regional do Trabalho e Emprego (SRTE), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o Departamento Nacional de Auditoria do SUS (DENASUS), a Agência Pernambucana de Vigilância Sanitária (Apevisa), entre vários outros órgãos federais e estaduais.

Dentre todos os citados, o TCE em conjunto com o Tribunal de Contas da União, o Instituto Nacional do Seguro Social, a Secretaria Regional do Trabalho e Emprego, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Federal, o Ministério Público Estadual, o Ministério Público de Contas e também a Universidade Federal de Pernambuco, estão engajados entre todos os trabalhos, no combate à corrupção e desvio nos repasses das verbas da Previdência Municipal. Sobre as ações podemos citar alguns aspectos que são identificados com certa frequência: elevado déficit atuarial, não recolhimento das contribuições previdenciárias dos servidores e parte patronal, não elaboração de avaliação atuarial, descumprimento do limite para as despesas administrativas do RPPS, no caso de segregação de massa a não adoção de contabilização distinta para os planos financeiro e previdenciário, entre outros;

Conforme mencionado acima, é comum que os Municípios descontem, mas não repassem à previdência os valores devidos a título de contribuição, em consonância com os dispositivos legais. Todavia, é comum que este repasse não seja efetivado pelos municípios, fato que prejudica em demasia os segurados, servidores público, sendo estes efetivos ou contratados, sob o regime de contrato emergencial, os quais ainda são comuns na administração pública, apesar da exigência de concurso público pela Constituição Federal.

Neste passo, em se tratando da responsabilização daqueles que deveriam ser os principais envolvidos, e, por conseguinte os principais responsáveis pela prática criminosa, os gestores públicos, o tribunal vem lutando demasiadamente para buscar mudar o cenário dificultoso dos RPPS's dos municípios.

Anualmente, mais precisamente até o último dia do mês de março de cada ano, os municípios realizam suas prestações de contas anuais, onde se inclui os fundos de previdências. O TCE é dividido em seu organograma em: Sede (Recife) e Inspetorias Regionais espalhadas em: Petrolina, Arcoverde, Bezerros, Surubim, Palmares, Garanhuns e Salgueiro (desativada em 01 de maio de 2016 – onde se foi muito questionada sua desativação, devido a sua importância geográfica). Cada Inspetoria é responsável pela fiscalização de certa quantidade de municípios.

São através das prestações de contas e dos sistemas informatizados, onde são realizados os sorteios automáticos dos municípios que serão auditadas suas contas no ano corrente – referente ao exercício anterior – que as equipes de auditoria do TCE analisam as prestações de contas e “vão a campo” realizar as visitas técnicas de acompanhamento.

Outras formas de atuação são através de denúncias recebidas pela ouvidoria, órgão auxiliar do próprio TCE, onde é uma ferramenta de bastante apoio no combate à corrupção.

Após as visitas técnicas – previamente informadas aos municípios com antecedência de 03 (três) dias – as equipes elaboram suas peças técnicas, são elas “Laudo de Auditoria, Relatório Complementar e Nota Técnica de Auditoria” onde são analisadas pelo chefe da Regional e remetido a Sede, onde passa primeiro pelo Departamento de Contas Municipais para apreciação e posteriormente enviadas ao gabinete do conselheiro relator sorteado.

Após ser levada para apreciação do conselho (órgão colegiado do tribunal de contas responsável pelo julgamento das contas públicas) que julgará a prestação de contas, sua aprovação ou rejeição no conselho, e esta prestação de contas é remetida novamente a inspetoria regional responsável, onde são intimados os responsáveis legais para apresentação de defesa no prazo de 30 dias – Prazo de acordo com regimento interno do próprio TCE – que novamente através da sua equipe técnica emitirá seu parecer sobre o apurado na defesa e remetido após análise para o conselheiro relator, que juntamente com o Ministério Público de Contas apreciará novamente e será julgado em definitivo, onde após o julgamento a sentença é remetida para a Câmara Municipal da cidade em questão.

O que chama atenção é justamente o fato da Câmara Municipal ser a responsável final pela aprovação ou rejeição das contas apreciadas. O que gera uma certa desconfiança, pois é de suma afirmação que a maioria de vereadores eleitos nas cidades são pessoas que desconhecem sobre leis, sobre a importância do que está sendo apreciado e julgado.

A partir destes julgamentos – maioria política - realizados pelas Câmaras Municipais, o TCE começou a cobrar parecer de cada votante, no sentido de que cada item por eles apreciados tivesse sua justificativa embasada por leis, para que tornasse claro o seu motivo de aprovação ou rejeição.

Nas fiscalizações referentes ao regime próprio de previdência social são detectadas algumas irregularidades. Podemos citar alguns aspectos que são identificados com certa frequência: elevado déficit atuarial, não recolhimento das contribuições previdenciárias dos servidores e

parte patronal, não elaboração de avaliação atuarial, descumprimento do limite para as despesas administrativas do RPPS, no caso de segregação de massa a não adoção de contabilização distinta para os planos financeiro e previdenciário, entre outros.

Decisões do STF frente ao cenário político e o voto

Hoje em dia o voto do cidadão perdeu seu valor. Já vem sendo perdido, certamente, desde os primórdios. O valor do voto hoje varia de uns míseros trocados até um emprego comissionado ou de parentes em gabinetes onde eles nem precisam dar expediente. Os cidadãos precisam acordar que para a diminuição de políticos corruptos, de desvios de verbas públicas e empregos errados das verbas, é necessário sempre mudar o conceito de votação e escolha de seus representantes.

A noção de voto para a grande parte da sociedade é “troca de favores”, no sentido de que tem que se votar em quem te ofereça algo em troca, sem nem se importar no caráter, no que aquele político faz com o dinheiro público. A sociedade é levada por falácias e por promessas não cumpridas.

Diante de todos os esforços dos órgãos competentes, em especial o Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal, em uma decisão tomada ainda no ano de 2016, que tratou da definição de qual é o órgão competente (Casa Legislativa ou Tribunal de Contas) para julgar as contas do chefe do Poder Executivo que age como ordenador de despesas.

E adivinha quem venceu? O retrocesso de anos de combate, de luta e incansáveis fiscalizações foi vencida mais uma vez pela força política. Estão livres para concorrer às eleições, todos os políticos que tiveram contas rejeitas pelo Tribunal de Contas. Todos os corruptos estão livres para voltar a ativa e continuar a sugar o dinheiro público, do contribuinte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previdência social constitui atualmente tema de relevada importância não só pela elevada finalidade que destina prover, mas também pelo especial momento por que atravessa em razão de uma série de fatos, que vão desde a má administração de seus recursos ao acentuado envelhecimento da população brasileira, propiciando um número crescente de beneficiários do sistema em detrimento de um número cada vez menor de contribuintes do mesmo.

A criação de um regime próprio de previdência municipal é de grande valia e importância para os Municípios e seus servidores e essa ideia é também do Ministério da Previdência Social, que se manifestou recentemente, através do Secretário de Políticas de Previdência Social, Senhor Leonardo Rolim, proposta de fomento a novos Regimes Próprios de Previdência Social, como incentivo e também prestação de auxílio na gestão.

No início, os regimes próprios trazem vantagens diretas para as prefeituras, pois, no regime administrado pelo INSS, elas têm de recolher até 22% do salário do segurado, porcentagem que pode ser reduzida para a metade no regime próprio. Para os servidores, uma vantagem notável do regime próprio é a possibilidade de receber, no futuro, benefícios bem maiores do que o teto assegurado pelo INSS.

Na medida em cada Município entende o regime próprio como patrimônio do ente público, como um departamento da prefeitura, seus dirigentes que são nomeados para cargos de confiança do prefeito, o servidor não tem conhecimento do que seja regime próprio e o movimento sindical dá prioridade às lutas dos servidores da ativa. Não há diálogo, nem quando vão criar o RPPS. O Poder Executivo decide, o Poder Legislativo obedece e aprova. O Servidor é apenas um detalhe. Até mesmo o seu direito à participação, garantido pela Constituição e por Lei Federal são violados. A violação começa no processo de adoção do novo regime, isto é, já começa mal, exatamente pela falta de diálogo, com isso a farra com o dinheiro acontece e o servidor que tanto lutou contribuindo fica sem saber aonde o seu dinheiro foi parar.

No Regime Geral, o segurado filiado tem suas contribuições geridas pelo INSS, uma autarquia Federal, onde se há crime contra o INSS, quem fiscaliza é a Polícia Federal, já no regime próprio é a Polícia Civil, o mesmo se repetindo quanto ao Ministério Público e Poder Judiciário. O que envolve o INSS é sempre um órgão federal, envolvendo RPPS de Estado ou Município, órgãos estaduais.

O tema em questão sobre a previdência municipal e o uso deste órgão como fonte de renda e de votos para políticos, tende a crescer ainda mais, com a decisão tomada pelo STF, passando os poderes para aprovação ou rejeição de contas municipais para as suas Câmaras legislativas. Em recente notícia veiculada pelo site da Globo, onde trouxe a seguinte manchete “Déficit previdenciário dos estados pode crescer 57% até 2020, sem mudança de regras, rombo pode chegar a R\$ 101 bilhões”.

Imagina quanto aos municípios, onde um dos únicos órgãos de combate aos desvios de verba, que é o TCE, perde seu poder de combate, devido à manobra do STF em favor dos políticos.

Por mais que o TCE e outros órgãos tenham intensificado no combate e na tentativa de alertar o contribuinte, não se tem uma lei mais severa de punições aos maus gestores. Haja vista que é difícil saber a destinação dos gastos e os autores dos desvios e nem a sua devolução.

Uma maior e mais intensa participação e fiscalização por parte do próprio contribuinte seria um meio até mais eficaz de se descobrir os culpados pelos desvios, pois apenas “jogar” a culpa no prefeito, ou como também se diz, gestor, não é o meio mais combativo. Outro ponto seria a criação de leis com maior controle e rigidez na punição e sua melhor regulação dos fundos de previdência municipal, onde qualquer violação os levasse a sofrer punições severas, como prisão, devolução em dobro, entre outras, já que as punições atuais não passam de devolução e ter seu nome alçado a lei da ficha limpa.

O principal argumento utilizado pelos gestores que defendem esse modelo de previdência é a economia proporcionada pela independência de gestão previdenciária. Mas o que era para ser uma solução para os problemas financeiros enfrentados pelos municípios, vem se tornando motivo de preocupação para gestores, e, principalmente, servidores municipais.

Por conta do baixo volume de recursos financeiros e da diminuição de repasses do governo federal, algumas prefeituras acabam utilizando recursos do fundo de previdência própria para quitar dívidas ou aplicar em outros setores do município.

De acordo com o advogado Alessandro Lopes, presidente da Comissão de Controle da

Atividade Pública da OAB-PI, a utilização de recursos do fundo de previdência própria municipal para outros fins pode ser considerada um caso de improbidade administrativa. “A utilização desses recursos para outros fins pode ser considerada crime de apropriação previdenciário. As contribuições recolhidas devem ser repassadas para o fundo de previdência. Além de responder por improbidade administrativa, o gestor pode ser condenado a uma pena de 2 a 5 anos de reclusão”, explica.

Alessandro Lopes recomenda que os servidores dos municípios que adotam o regime de previdência própria estejam atentos ao repasse das contribuições. “Essas informações devem ser disponibilizadas a todos os servidores de maneira acessível. Ao identificar irregularidades, o primeiro passo é encaminhar a denúncia ao ministério público”, pontua.

Os rombos nas contas das previdências existem há anos, e no momento atual em que o Brasil se encontra, é bem significativo que os números se alardem ainda mais. Esses regimes por serem criados por leis próprias, não possuem uma fiscalização mais segura desde o início da sua vigência, visto que quase 80% dos RPPS surgiram antes que existisse uma legislação de âmbito nacional que os disciplinasse. “Como o plano de benefícios dos Regimes Próprios não comporta a prática de grandes inovações para a redução do seu custo, hoje não há solução possível para o déficit atuarial que não passe pela destinação de recursos para a previdência dos servidores”.

Com isto, retomando a hipótese denota-se que se confirma e vem se confirmando o que foi abordado neste trabalho, o que se vê, são municípios que devido a sua força política se sobressaem aos órgãos de combate à corrupção que lutaram e lutam para coibir os devaneios com o dinheiro público. Cada vez mais cidades se encontram com suas contas fragilizadas, e principalmente os fundos previdenciários. Os gestores recorrem a este recurso para quase tudo, mesmo que o órgão de controle, a exemplo do TCE, batalhe contra o uso destes recursos para outra coisa que não seja o pagamento dos vencimentos dos contribuintes, e com isso possa garantir para eles um futuro, já que hoje ainda é possível que alguns municípios paguem em dia, mas o futuro é de incerteza com o uso indevido dos recursos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO. 29ª Edição, revista e atualizada. 2021 – Editora Método;

ARAÚJO, Fátima Fernandes de; SANT’ANNA JÚNIOR, Alfredo. Sistemas municipais de previdência para servidores: um bom negócio para o município. Mas... In: O Município no século XXI: cenários e perspectivas;

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessos em: 10/06/2020, 12/07/2020, 05/10/2020 e 28 nov. 2020;

BRASIL. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm;

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari.

(Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2-3;

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 35, n. 108, abr./jun. 1998, p. 43;

CUNHA, Leonardo Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. 18ª Edição, revista, atualizada e ampliada. 2021 Editora Forense;

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. 25ª Edição, revista, atualizada. 2019 – Editora Forense;

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional – 13ª Edição-Ano 2021: Editora Juspodivm;

GIAMBIAGI, F. *et al.* Impacto de Reformas Paramétricas na Previdência Social Brasileira. 2007;

GOES, Hugo. Manual de Direito Previdenciário, 16ª Edição. 2020 – Editora Método;

GOMES, D. Regime de previdência social dos servidores públicos no Brasil. São Paulo, LTR, 2003;

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Coisas. Vol 5. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021;

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. Saraiva, 2017;

HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora UNB, 2009, p. 34;

Natanael Souza/Marcelo Costa - Jornal O. Prefeituras utilizam recursos da previdência para outros fins. PORTALODIA.COM. 2015. Disponível em: <https://www.portalodia.com/noticias/piaui/prefeituras-utilizam-recursos-da-previdencia-para-outros-fins-253852.html>. Acesso em: 22/06/2021;

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário – Edição 25ª 2020. Editora Impetus;

MELO, Lais. Sistema de Seguridade Social: como funciona?, Politize.2020; Disponível em: <https://www.politize.com.br/sistema-de-seguridade-social/> - Acesso em 22/06/2021;

Lei Complementar nº 101 de 04 de Maio de 2000;

Lei Complementar nº 103/2003;

METRING, Roberte Araujo. Pesquisas Científicas: planejamento para Iniciantes. Curitiba: Juruá, 2009;

OUVIDORIA TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Consulta de Demanda Formulada, Por Rafael de Sá Saraiva nº 16.755/2020. Site de Acesso disponível em: <http://sistemas.tce.pe.gov.br/sisouvExterno/Queixa!homeExterno>. E Resposta obtida em correio eletrônico: rafaeldesasaraiva@gmail.com. (ex-servidor do TCE – Inspetoria Regional de Salgueiro – Fechada em 2014 ao qual me auxiliou nesta pesquisa);

PERNAMBUCO. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Disponível em: http://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/tce/Lei-Organica-atualizada_2015.pdf. Acessos em: 10/10/2019 e 10/11/2020;

POR TATIANA FARAH, Jornal O GLOBO . Noticias Brasil. Eliana Calmon reafirma que há 'bandidos de toga'. Roda Viva. 14/11/2011 23:42. Acessado em 10/12/2020;

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. 2000. Lei Complementar nº 101 de 04 de Maio de 2000; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 10/06/2021;

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. 2000. Lei Complementar nº 103/2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp103.htm#:~:text=Autoriza%20os%20Estados%20e%20o,22. Acesso em: 10/06/2021; São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM. 1999. p. 155-172.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 69-71;

SILVA, Delúbio Gomes Pereira da. Regime de previdência social dos servidores públicos no Brasil: perspectivas. São Paulo: LTR, 2003. p. 23-24;

SINTESE. Regime próprio de previdência: canto da sereia dos prefeitos para os servidores - 04 Novembro 2013. Disponível no site: <http://www.sintese.org.br/index.php/panorama/blogs-e-colunistas/roberto-santos/5540-regime-proprio-de-previdencia-canto-da-sereia-dos-prefeitos-para-os-servidores>. Acessado em 05/11/2020;

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO. SISTEMAS, CONSULTAS PROCESSUAIS, ACESSO A INFORMAÇÕES, LEGISLAÇÃO. Disponível no site: <http://www.tce.pe.gov.br/internet/>. Acessado em 05/10/2020; 25/07/2020; 10/09/2020 e 10/11/2020

A realidade dos presos LGBTQIA+ nos presídios brasileiros

Skarlett Marcelino

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Pós Graduanda em Direito Civil (latu sensu) e Processo Civil (latu sensu) pela Universidade Católica de Brasília – UCB.



RESUMO

O presente estudo tem como objetivo relatar a realidade da classe LGBT nas penitenciárias brasileiras. Para tanto, foram analisadas as teorias da pena adotada pelo Código Penal Brasileiro, em consonância com os princípios constitucionais aplicáveis à pena no Brasil. Em seguida, realizou-se um estudo acerca da atual situação dos apenados nos presídios, e se esta encontra-se de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Posteriormente, fez-se um breve histórico sobre a vida dos presos LGBTs dentro do cárcere. Cabe ao presente seguir analisar o que está sendo feito para melhorar a atual situação destas pessoas.

Palavras-chave: pena. tortura. LGBT.

INTRODUÇÃO

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a população carcerária brasileira no que tange a privativa de liberdade, é de cerca de 563.526 indivíduos. Pessoas que ali estão para cumprir a pena imposta pelo estado em razão do fato ilícito praticado. Pena esta que segundo o Código Penal brasileiro deve ser suficiente para a reprovação, ressocialização e prevenção do crime.

Mas será mesmo que atualmente o preso está sujeito a ressocialização que a Teoria da Pena adotada no Brasil prevê? Será que ao cumprir sua condenação, o apenado sai realmente uma pessoa ressocializada, ou, na verdade, pior do que era no momento de ingresso no sistema carcerário brasileiro?

É de conhecimento geral que as condições de vida nos presídios brasileiros são as mais precárias possíveis, o que impossibilita o tratamento adequado daqueles indivíduos, afetando diretamente sua dignidade como pessoa, e transformando os presídios em verdadeiras escolas do crime.

Há também uma classe de pessoas que enfrentam uma situação pior do que a dos presos comuns nas cadeias em todo o país, são os presos LGBTQIA+s (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, queer, intersexo e assexuais), que devido à orientação sexual e o descaso das autoridades competentes para com eles, sofrem constantes abusos, além de ataques físicos e psicológicos.

Este artigo irá discutir acerca das afirmações e questões levantadas acima, e para tanto fará uma breve avaliação das condições que os presos LGBTQIA+s estão sujeitos nas penitenciárias brasileiras, considerando sua condição como pessoa e portador de dignidade, além de analisar o que está sendo feito para modificar o tratamento que lhes é ofertado.

A FINALIDADE DA PENA NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito Penal, assim com outros ramos do Direito, não possui um rol fechado de definições, muito pelo contrário, possui uma infinidade de discussões, fontes de grandes controvérsias entre os principais doutrinadores da área.

Uma dessas discussões é sobre os objetivos da pena e sua aplicação na sociedade brasileira. Na verdade, por ser um assunto de grande relevância para o início dos estudos criminais, a pena gera discussões infundáveis entre seus estudiosos, tanto no Brasil quanto no mundo.

Mas o que é pena afinal? Segundo Hans Kelsen, a pena, ou sanção, “é a reação da ordem jurídica contra o delito” (Kelsen, 2005, p. 29), ou seja, a pena é a consequência do ato ilícito, que em outras palavras significa que é uma resposta que o estado dá para as pessoas que podem ser responsabilizados pelos seus atos, imputáveis.

Portanto, a pena é na realidade a “punição” que o agente imputável recebe após a realização de um comportamento que ofende ou coloca em risco um bem jurídico penalmente tutelado e proibido por lei, o chamado crime.

Mas será que o único objetivo da pena é punir o infrator?

A doutrina, para conceituar a finalidade da pena utiliza três grandes teorias, a absoluta, relativa e a mista. Para Cezar Roberto Bitencourt as teorias absolutas ou retributivas da pena consistem em:

[...] concebe a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico de punir o fato passado: quia peccatum (BITENCOURT, 2014, p. 133).

Essa teoria concebe a ideia clássica da finalidade da pena, a punição. Do ponto de vista dos defensores da teoria, entre eles, Kant e Hegel, a pena deve existir para que o indivíduo pague pelos atos cometidos contra a sociedade, é uma retribuição, por esse motivo também é conhecida com teoria retributiva.

Já no que concerne a teoria relativa, Bitencourt destaca que:

Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir. Ou seja, a pena deixa de ser concebida como fim em si mesmo, sua justificação deixa de estar baseada no passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: prevenção dos delitos (BITENCOURT, 2014, p. 142).

A teoria relativa de forma geral consiste na ideia de criar meios para evitar que os cidadãos cometam delitos, esta teoria esquece de vez o passado e liga-se ao futuro. Percebe-se aqui o afastamento do objetivo clássico da sanção, o de punir, e nasce uma nova finalidade, a de prevenir.

E por fim, a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, conhecida como teoria mista ou unificadora da pena, que se traduz na ideia de reunir às duas teorias anteriores em uma só.

A teoria unificadora da pena se afasta das soluções monistas previstas das teorias anteriores e abre espaço para que a pena possua mais de uma finalidade, conectando a prevenção geral à prevenção social, aliada a retributiva da pena.

Bitencourt ao diferenciar a teoria mista de suas predecessoras afirma que:

Sustenta que essa uniformidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem. Este é um

dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar a uma teoria que abranja a pluralidade funcional desta. Assim, esta orientação estabelece marcante diferença entre fundamento e fim da pena (BITENCOURT, 2014, p. 147).

Consequentemente é possível estabelecer que a finalidade da pena no Brasil, possui características de reprovação e prevenção do crime, dado que, o legislador brasileiro adotou a teoria mista ou unificadora da pena, assim o art. 59 do Código Penal Brasileiro determina que:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Contudo, é sabido não só por estudiosos das ciências criminais, como por toda a sociedade brasileira, que os presídios em todo o país, não estão equipados para a ressocialização dos apenados, na verdade, em muitas situações, nem sequer estão preparados para receber pessoas, que dirá transformá-las em cidadãos melhores.

Portanto, não resta dúvida que a teoria mista não vem sendo aplicada com a eficiência necessária no ordenamento brasileiro, o que faz com que os presídios nacionais se transformem em verdadeiras escolas, senão faculdades do crime.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AS PENAS

O Direito Penal, assim como todos os ramos do direito brasileiro, está sujeito ao instrumento máximo regulador no ordenamento jurídico, qual seja, a Constituição da República Federativa do Brasil (CF).

Em outras palavras o direito penal deve validar com os ditames constitucionais, obedecendo às suas regras e princípios, sob pena de violação constitucional.

Por esta razão, existem diversos princípios constitucionais, máximas jurídicas a serem observadas, para que todos os ramos do direito estejam em consonância com a constituição.

Assim, o Direito Penal brasileiro, quando da aplicação e cumprimento da pena, deve observar os princípios elencados abaixo, senão vejamos:

Os princípios constitucionais

Os princípios constitucionais, são hoje, a forma mais eficiente que o legislador encontrou de irradiar a Constituição no direito brasileiro. Desta forma, normas principiológicas, podem e devem ser vistas como normas orientadoras para a aplicabilidade da Constituição nos instrumentos jurídicos utilizados em todas as esferas do direito.

Para José Afonso da Silva os princípios são:

[...] ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, "são como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais". Mas, como disseram os mesmos autores, "os princípios, que comecem por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional" (SILVA, 1994, p. 17).

Assim, é possível observar, que para que a constituição seja aplicada de forma inequív-

voca, todas as normas infraconstitucionais devem seguir irrevogavelmente as regras e princípios constitucionais, caso alguma norma não o faça, esta norma pode deixar de produzir efeitos e consequentemente ser excluída do ordenamento.

É correto afirmar que, a forma de governo brasileiro possui influência direta no que tange aos princípios constitucionais, pois, é do Estado Democrático de Direito que decorrem todos os princípios constitucionais fundamentais presentes na constituição.

O Estado Democrático de Direito e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, empregam a constituição de 1988, um caráter humanitário, caráter este que deve ser utilizado de forma imprescindível na aplicação do Direito Penal brasileiro, sobre tudo, na aplicação da pena ao infrator.

Os princípios constitucionais penais

A Constituição da República Federativa do Brasil, adotou como princípio basilar e orientador de todas as normas de caráter fundamental, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assim o legislador deve sempre observar esse princípio quando da produção das normas infraconstitucionais, principalmente no que tange a criação de normas sancionatórias do Direito Penal.

Neste íterim Luís Flávio Gomes argumenta que:

Acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado) (GOMES, 2006).

Ou seja, mesmo que o Direito Penal brasileiro seja regulamentado principalmente pelas normas infraconstitucionais, deve-se sempre observar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os próprios princípios constitucionais penais são a concretização da aplicabilidade da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito, visto que, estes em sua maioria estão expressos na constituição e visam empregar ao Direito Penal o respeito à dignidade que o constituinte taxativamente resguardou.

Os princípios constitucionais penais presentes hoje no direito brasileiro são os princípios: da Legalidade, da individualização da pena, da personalidade, da limitação das penas, da presunção da inocência e da proporcionalidade.

Tais princípios são considerados como diretivas básicas ou cardeais que regulam a matéria penal, sendo verdadeiros “pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, a aplicação e a execução do Direito Penal. Constituem, portanto, os pilares sobre os quais assentam as instituições jurídico-penais: os delitos, as contravenções, as penas e as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais (PRADO, 2010).

O princípio da legalidade estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, conforme previsto no art. 5.º, inciso XXXIX, da Constituição

da República Brasileira.

Quanto ao princípio da individualização da pena, este impõe que o juiz deva sempre aplicar a pena que possibilite ao apenado a regeneração social.

Já o art. 5.º, inciso XLV, dispõe sobre o princípio da personalidade no direito penal, e discorre que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, caso contrário, estará o Estado “obrigado a reparar o dano, conforme a lei, estendidas aos sucessores dos prejudicados”. Em outras palavras, cabe ao infrator do crime responder pelos seus atos, e a ninguém diferente dele.

No que tange ao princípio da presunção de inocência, há o famoso bordão popular de que “ninguém será considerado culpado até que se prove o contrário”, ou conforme culmina a constituição em seu art. 5.º, inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

E por fim, o princípio da proporcionalidade da pena, em que destaca que a severidade da sanção deve corresponder gravidade da infração penal, ou seja, quanto mais grave o crime, maior a pena, e se o índice de gravidade da ação for baixo, menor a sanção aplicada ao infrator.

Desta forma, o constituinte estabeleceu limites ao direito penal no momento de condenar um cidadão a anos de privativa de liberdade, baseando principalmente no direito a dignidade da pessoa humana.

Contudo, será que tais princípios estão mesmo sendo aplicados? Fica o questionamento, o que não resta dúvida, no entanto, é que o sistema carcerário brasileiro, o verdadeiro responsável pelo cumprimento da pena, não está muito preocupado com a dignidade de seus prisioneiros, o que será demonstrado a seguir.

Ou seja, mesmo que o Direito Penal brasileiro seja regulamentado principalmente pelas normas infraconstitucionais, deve-se sempre observar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os próprios princípios constitucionais penais são a concretização da aplicabilidade da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito, visto que, estes em sua maioria estão expressos na constituição e visam empregar ao Direito Penal o respeito à dignidade que o constituinte taxativamente resguardou.

Os princípios constitucionais penais presentes hoje no direito brasileiro são os princípios: da Legalidade, da individualização da pena, da personalidade, da limitação das penas, da presunção da inocência e da proporcionalidade.

A APLICAÇÃO DA PENA COMO FORMA DE TORTURA

A Constituição Federal de 1988, com intuito de abolir aquele que desde a idade média foi um dos mais utilizados meios de punição exercidos pelas sociedades sobre os infratores e apenados, o conhecido instituto da tortura, arguiu em seu art. 5.º, inciso III que, “ninguém será submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante” o que significa dizer que o ordenamento jurídico brasileiro veda a tortura em todas as suas formas.

Assim, o Poder Público, com a finalidade de exercer a sua função perante a sociedade,

pode impor ao indivíduo tortura e tratamento desumano ou degradante?

Teoricamente a resposta para a questão exposta acima é não. Todavia, antes de responder tal pergunta, deve-se estabelecer o que é tortura, e então esclarecer se o Estado vem ou não se utilizando deste instituto na sociedade atual.

A convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, dispõe que:

[...] o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.

Já para o termo degradante, também é citado na constituição, Luciano Mariz Maia diz que:

Degradante é o tratamento que humilha. A degradação decorre da diminuição que se faz de alguém aos olhos dessa própria pessoa, e aos olhos dos outros. A desumanidade assume contornos de ser imposta obrigação ou esforço, que excede os limites razoáveis exigíveis de cada um (MAIA, 2001, p. 46).

Quando se analisa os dois conceitos em conjunto com a realidade social é possível perceber que o Estado faz sim, o uso da tortura e do tratamento desumano ou degradantes, mesmo que não da forma em que eram aplicados na Idade média, estes ainda estão presentes na sociedade contemporânea, visto que, albergar um apenado em uma cela com capacidade para três pessoas, mas que na realidade aloja 17 detentos, é ou não uma forma de tortura ou tratamento degradante?

As penitenciárias brasileiras são cenários das mais imagináveis atrocidades que podem ser cometidas pelo homem, tanto pelos presos entre si, como pelo Estado para com os detentos.

O apenado é preso para cumprir sua pena, no que deveria ser um local de ressocialização, contudo, é exposto a uma realidade em que o princípio da dignidade da pessoa humana é massacrado, por constantes abusos de outros detentos e pelo descaso das autoridades para com eles.

Sobre a realidade das penitenciárias brasileiras, Flávia Piovesan declara que:

Apesar de todas as interdições legais, no plano nacional e internacional, são diversas as circunstâncias em que se pode constatar a prática de tortura e dos maus-tratos no cenário brasileiro. [...] negros e jovens, moradores da periferia, continuam sendo alvos constantes de abordagens policiais envolvendo agressões físicas e humilhações. Mas o maior conjunto de práticas de tortura se dá quando cidadãos estão sob a custódia do Estado, em delegacias, cadeias e presídios (PIOVESAN, 2009).

Segundo o Centro Internacional de Estudos Penitenciários (ICPS, na sigla em inglês) o Brasil no período entre 2011 e 2013 era a 4.^a maior população carcerária do mundo, com cerca de 548 mil pessoas encarceradas nas penitenciárias do país. E no que tange a infraestruturas entre as penitenciárias, transitava entre as menores posições.

O ex-ministro Joaquim Barbosa em uma palestra ministrada em Londres afirmou que:

As prisões (no Brasil) são como o inferno. Os políticos não se importam, pois (delas) não há retorno político: "votos". [...] "Horror é a palavra mais adequada para definir o sistema prisional brasileiro. O governo federal tem um papel pequeno nas prisões. Elas são, em sua maioria, controladas pelos governos estaduais, que só buscam dividendos políticos (BARBOSA, 2014).

O abandono político mencionado por Barbosa nos complexos penitenciários, proporcionou o desenvolvimento de facções criminosas, as quais se estabeleceram e adquiriram autoridade, e passaram a controlar muitas às vezes o próprio presídio.

O PCC (Primeiro Comando da Capital) é o principal exemplo da hegemonia da criminalidade nos presídios, visto que é a organização criminosa com maior autoridade que atua em todos os estados brasileiros se arriscando até mesmo no meio político.

A atuação das facções criminosas nas cadeias é outro exemplo, de que ao ser encarcerado para cumprir a pena imposta pelo Estado, o preso está sujeito a constante violência física e mental, já que estas facções retiram sua autoridade do medo que podem infligir aos detentos, para assim conseguirem controlá-los.

Método este, que diferente do utilizado pelas autoridades, surte o efeito desejado, visto que, o preso nega sua condição de indivíduo e assume o papel de peão nas mãos daqueles que estão em castas hierarquicamente superiores nas organizações criminosas.

Desta forma, a penitenciária perde a função de reintegração social, e adquire o papel de perpetuadora do crime, com índices absurdos de reincidências. Os presos passam por tratamentos desumanos e degradantes, e o pior acontece, eles se adaptam e transformam-se em indivíduos que o Estado e as facções obrigaram-nos a se tornar, ou seja, as piores pessoas possíveis.

POPULAÇÃO LGBTQIA+ E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Que as penitenciárias brasileiras oferecem tratamentos desumanos e degradantes os presos que nela residem, não há o que discutir, contudo, vale destacar o tratamento ofertado a um grupo especial de apenados, o grupo conhecido como LGBTQIA+ (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, queer, intersexo e assexuais).

Hoje, há constantes lutas para que estas pessoas recebam um tratamento diferenciado nos complexos penitenciários, um exemplo, e a resolução conjunta n.º 1 de 17/04/2014 do CNPC e CNCD/LGBT.

Entretanto, nem sempre foi assim, a população LGBTQIA+, principalmente sua parcela masculina, esteve sujeita ao longo dos anos, aos piores categorias de situações e humilhações que uma pessoa pode suportar, pois, eram e ainda são vulneráveis frente a majoritária parcela heterossexual dos apenados brasileiros.

Breve histórico sobre população homossexual nas penitenciárias brasileiras.

No que tange a população dos homens homossexuais e transexuais, é indiscutível que os papéis exercidos por eles sofreram mudanças radicais desde a criação do PCC no início dos anos 90, vejamos:

Historicamente, os homens presos têm feito da sujeição sexual uma das formas mais importantes de demonstrar poder e dominação do outro. Contudo, a forma que esse exercício do poder assume varia de acordo com a configuração mais geral que rege as relações sociais na prisão. Uma vez que, tais configurações de poder no espaço prisional têm sofrido profundas alterações nas duas últimas décadas, conforme já salientado, a dominação por meio da subjugação sexual acompanhou tais mudanças. Embora a sujeição dos homossexuais seja inerente à estrutura rigidamente hierarquizada da prisão, o papel que desempenham e a forma de classificá-los, bem como a sua relação com a massa carcerária, sofreram alterações substanciais nos últimos anos em decorrência da nova forma de sociabilidade no espaço prisional imposta pelo PCC, o que produziu uma nova figuração social nas prisões, constituídas a partir de uma complexa rede de interdependência (DIAS, 2011, p. 208).

Os homossexuais encarcerados, antes da influência do PCC, estavam sujeitos aos presos que com o intuito de exercer o poder dentro da penitenciária agiam com violência para com os outros apenados, principalmente para com aqueles possuíam a “aparência afeminada”.

Os tratamentos para os homossexuais eram em regra tortura física e mental, principalmente o estupro. “As vítimas do estupro se não capazes de matar seu algoz para impedir a consumação do ato sexual, eram excluídas da categoria homem, sujeitados ao papel de “mulher” na prisão” (DIAS, 2011 p. 203).

Nesta fase eram comuns relações sexuais entre homens. Aqueles que praticavam a violência sexual nos presídios, não eram vistos como homossexuais e sim como “machos”. Todavia, com ascensão do poder do PCC, o tratamento para com os homossexuais foi uma das mais perceptíveis mudanças no universo prisional brasileiro. Aquele que praticava ato sexual com outro homem também passou a ser considerado homossexual “bichinhas”, e teria que assumir novo papel imposto pelo PCC a esta classe.

Em suma, se antes os homossexuais, apesar de toda opressão, eram “socialmente úteis”, no atual sistema eles deixaram de ter essa utilidade. Todos os homens que importam – os grandes homens – têm capacidade de possuir suas mulheres – seja a esposa, seja a prostituta. Por isso, aqueles que insistem em manter relações com outro preso, mesmo que no papel ativo, são considerados “bichas” – eles o fazem não mais por necessidade, como outrora, mas por escolha própria. Obviamente, as coisas não são tão simples assim, haja vista que a grande maioria da população carcerária é pobre e não tem visita. Contudo, do ponto de vista dos “grandes homens” que formulam as ideologias e os discursos dominantes no sistema prisional, estes são fracassados e fracos – categorias estão diretamente associadas aos homossexuais (DIAS, 2013, p. 20).

As mudanças no tratamento dos homossexuais eram resultadas das regras estabelecidas no estatuto do PCC, que legislava da seguinte forma: “Os integrantes do Partido (PCC) têm quer dar bom exemplo, por isso o Partido não admite que haja assalto, estupro e extorsão no sistema”. Esta imposição diminuiu em números consideráveis a incidência do estupro no ambiente carcerário.

Para o PCC, o homossexual passou a ter outra utilidade, e não mais ser usado para o sexo. Ele agora era o espaço do Partido, Camila Caldeira Nunes Dias, ao escrever sobre as mudanças realizadas pelo PCC nas penitenciárias brasileiras, destacou o seguinte:

Assim, se os homossexuais foram destituídos de suas funções a partir da nova configuração social do poder imposta pelo PCC e, com isso, se intensificou a segregação, a exclusão e a discriminação com relação a esta categoria de presos, uma nova “função” foi-lhes facultada: a de espaço para esconder drogas e celulares durante as revistas (blitz) na unidade. Neste caso, o corpo do homossexual – o ânus – passa a ser socialmente útil (DIAS, 2013, p. 21).

Os homossexuais, mesmo com o suposto fim do estupro, foram duramente hostilizados

pelo PCC, e para conseguir concessões e obter a proteção do Partido sujeitou o corpo para os fins estabelecidos pela facção criminosa. Ou seja, trocaram uma espécie de violência pela outra.

Desta forma, o papel da comunidade homossexual, ou até mesmo bissexual, passou a ser o de uma espécie de armário, onde sempre que necessário deveriam “guardar” os pertences dos presos hierarquicamente superiores a eles.

Até hoje, o Primeiro Comando da Capital exerce grande influência no sistema prisional brasileiro, de forma que é possível concluir, que a realidade da comunidade LGBTQIA+ ainda é infinitamente degradante.

Resolução conjunta Nº 1, de 17 de abril de 2014

Mesmo com a imposição do PCC, proibindo o estupro nas penitenciárias, a violência contra os homossexuais continuou a existir, houve uma grande redução no número de casos, contudo muitos ainda seguem sofrendo abusos físicos e mentais.

Para conter tais abusos a população LGBTQIA+, horrorizada com os depoimentos que relatavam a vida dos homossexuais e travestis nos presídios brasileiros, organizaram-se e mobilizaram diversas campanhas cobrando das autoridades uma mudança de postura, para que a situação dos presos LGBTs fosse avaliada, tomando assim uma atitude para melhorar as condições carcerárias dessas pessoas.

O principal argumento utilizado por eles foi o discurso de que antes de serem criminosos homossexuais, travestis entre outros, tais presos eram pessoas, e como tal deveriam ter sua dignidade resguardada.

Visando atrair maior visibilidade ao movimento, alguns depoimentos que relatavam a vida desses presos foram liberados, dentre eles o polêmico depoimento da travesti Vitória Rio Fortes, que juntos de outros, motivos à criação da ala gay em Minas Gerais.

Eu era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me ‘vendeu’ em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos”. (KIEFER, 2014)

A mobilização surtiu o efeito desejado, e em 2014 foi criada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) e o Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD/LGBT a Resolução Conjunta nº 1, de 17 de abril de 2014, para combater os maus tratos que as pessoas LGBTs eram submetidas no cárcere.

A resolução antes de mais nada, estabeleceu parâmetros de acolhimento para o cumprimento da pena dos presos LGBTs. Esclarecendo que LGBT é a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. A definição se fez necessário para facilitar a classificação desses detentos, e facilitar a implantação da resolução nos presídios.

Art. 1º - Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil.

Parágrafo único - Para efeitos desta Resolução, entende-se por LGBT a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, considerando-se:

I - Lésbicas: denominação específica para mulheres que se relacionam afetiva e sexual-

mente com outras mulheres;

II - Gays: denominação específica para homens que se relacionam afetiva e sexualmente com outros homens;

III - Bissexuais: pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos os sexos;

IV - Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e

V - Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.

Contudo, a resolução ganhou especial destaque, ao estabelecer em seu artigo 3.º o direito a celas especiais para travestis e gays nas penitenciárias masculinas. O que se cumprido adequadamente deve, se não erradicar, diminuir radicalmente o número de violências sexuais para com a população LGBT, principalmente gays e travestis, dado que as lésbicas não foram tão impactadas com a regra do artigo 3.º, pois, relações homoafetivas são comuns nas penitenciárias femininas, não sendo tão hostilizadas.

A resolução conjunta n.º de 1, de 17 de abril de 2014, abriu portas para uma mudança radical na vida de pessoas que sempre foram negligenciadas pela sociedade e pelo próprio governo, não só no Brasil como em todo o mundo.

Cabe às autoridades incentivar a aplicação adequada da referida resolução para que a verdadeira mudança aconteça, e que a sociedade brasileira dê mais um passo para diminuir a discriminação para essa classe de pessoas.

A SITUAÇÃO ATUAL DO PRESO LGBTQIA+ NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

Apesar de estar em vigor desde sua publicação a resolução conjunta n.º 1, de 17 de abril de 2014 ainda precisa enfrentar diversos desafios para ser efetivamente aplicada. Dentre estes desafios encontra-se o comprometimento dos Estados brasileiros com a resolução conjunta.

O texto da resolução não estabelece um prazo para que os presos sejam transferidos para as “alas gays” e nem pena para o não cumprimento da resolução conjunta, dado que, não é uma lei, e não pode impor sanção, é somente uma norma consultiva e cabe a cada estado decidir se pretende acatá-la ou não.

Não se tem grandes informações oficiais sobre os resultados que a publicação da resolução conjunta teve para a diminuição da violência. Sabe-se, no entanto, que as alas para a população LGBTQIA+ estão presentes em apenas 3% dos presídios brasileiros, sendo que em estados como Rio Grande do Sul, Bahia e Paraíba, são apenas 7% das celas destinadas aos travestis, transexuais e homens gays.

Todavia, milhares de outros presos continuam a ser abusados nas penitenciárias em todo o território nacional, cumprindo uma espécie de dúplice pena, a pena imposta pelo estado, aquela em que foi condenado pelo crime que cometeu, e outra resultado da orientação sexual que escolheram.

A dúplice pena contraria um dos princípios constitucionais penais, o princípio da proporcionalidade da pena, que diz que a pena deve ser proporcional ao fato praticado.

E como a constituição brasileira veda a prática de tortura em todas as suas formas, não existe proporcionalidade entre o crime cometido, e os constantes abusos os quais a classe LGBT está sujeita nos complexos prisionais brasileiros. O preso não deve pagar pelo crime cometido de outra forma que não seja aquela escolhida pela justiça.

Além de aplicar o instituto do Bis in idem, que consiste em aplicar mais de uma sanção como pena do mesmo fato criminoso. O Brasil adota a teoria do No Bis in idem, exatamente o contrário do primeiro instituto, já que estabelece que ninguém será condenado duas vezes pelo mesmo fato. Embora não seja expresso, é evidente que cumprir pena e ser vítima de tortura em razão da orientação sexual, consiste em pagar duas vezes pelo mesmo crime.

Não há informação sobre a adoção da resolução conjunta n.º 1 de 17/04/2014 do CNPC e CNCD/LGBT na maioria dos estados brasileiros, o que leva a conclusão que ainda não foi realizada nenhuma modificação em relação às condições LGBT na maior parte dos presídios do Brasil, ou seja, milhares de homossexuais, transexuais, travestis, mas sobretudo pessoas, ainda vivem em condições sub-humanas, não por serem criminosos, e sim por diferir dos padrões pre-estabelecidos de uma sociedade preconceituosa e egoísta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O preso no Brasil é constantemente negligenciado pelas autoridades, e submetidos a condições de infraestrutura precária e constante violência. Já pela sociedade, em geral, são considerados escórias, a pior espécie de ser humano, portanto, deve ser afastada da sociedade, e lá permanecem. Assim, para a maior parcela da população brasileira, não há preocupação com as condições de vida destas pessoas.

Agora imagina uma classe de pessoas que sofrem discriminação pelos indivíduos que o Estado negligencia e a sociedade rejeita. Estas pessoas são os presos LGBTQIA+. Para os presos heterossexuais eles que são a escória, e os tratam como tal.

A aclamada solução que a comunidade LGBTQIA+ tanto esperava, não veio do jeito apropriado, em vez de uma lei que estabelecesse direitos, foi criada uma norma consultiva, que não obriga e sim orienta paramentos de acolhimento para a classe LGBT nas penitenciárias.

Ou seja, não é uma solução, pode ter resultado em alguma melhora, mais o efeito desejado só ocorrerá quando todos os Estados adotarem tal orientação. Entretanto, seria mais fácil se em vez de feita uma resolução conjunta, fosse promulgada uma lei que obrigasse e sancionasse os Estados.

Contudo, que resultados políticos atrairiam para os legisladores? Nenhum interessante, politicamente falando, é claro.

Embora alguns estados estejam implementando as alas LGBTs, não há informações oficiais sobre a efetiva adoção na maioria dos complexos penitenciários brasileiros. Ou seja, se não há informações esses presos ainda devem estar sujeitos aos piores tratamentos que um ser humano pode enfrentar, ainda estão sendo torturado e descaracterizados de sua dignidade como pessoas.

O que é irônico, dado que o ordenamento brasileiro tem como princípio basilar a dignida-

de da pessoa humana e a vedação a tortura e ao tratamento degradante.

A constituição não vem sendo cumprida no que tange a população LGBTQIA+, e tal negligência ocorre principalmente em razão do egoísmo e preconceito da atual sociedade brasileira, que exigem tanto dos outros mais se esqueceu das atitudes mais importantes para o convívio humano, o respeito e consideração pelo próximo.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral, 20ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

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

SILVA, José Afonso da. Os princípios constitucionais fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out./dez. 1994.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm >. Acesso em: 15 de mai.17.

MAIA, Luciano Mariz. Tortura no Brasil: a banalidade do mal. Disponível em:<<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/latina/maia.htm>>. Acesso em: 15 de mai.17.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2009.

BARRUCHO, Luís Guilherme. Prisões brasileiras são 'um inferno', diz Barbosa em Londres. Londres, 29 de jan. 2014. Disponível em: < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140129_barbosa_prisoas_londres_lgb>. Acesso em: 16 de mai. 17.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Catálogo USP. São Paulo, 2011. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-13062012-164151/pt-br.php>>. Acesso em: 18 de mai.17.

_____ [e] SILVA, Valter Cardoso da. Segregação, contaminação e utilização do corpo como espaço: A posição dos homossexuais na nova configuração do poder nas prisões paulistas. 33º Encontro Anual Anpocs, Caxambu, 2009.

Kiefer, Sandra. Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação. O Estado de Minas, 25 nov. 2014. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml>. Acesso em: 19 mai. 2017.

BRASIL, Resolução conjunta. nº 1 de 17 de abril de 2014. Combate à discriminação. Diário da União. 2014.

Retificação civil do gênero de pessoas não binárias sob a ótica dos direitos da personalidade

Héverton Alves de Aguiar

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia

Fernando da Silva Constâncio

Assessor Técnico do Ministério Público do Estado de Rondônia



RESUMO

A retificação civil do assento de nascimento de pessoas que se identificam como não binárias constitui ainda uma discussão encarada como delicada na sociedade tendo em vista trazer a lume o debate sobre a identidade de gênero. Nota-se que inexistente normatização clara sobre o assunto, assim como são poucas as decisões judiciais que enfrentam o tema. No presente estudo, os autores buscam promover o debate sob a ótica dos direitos da personalidade. Em uma sociedade fundada na ordem democrática, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade de cada indivíduo e sua autodeterminação devem ser defendidas por todas as pessoas, assim como pelo próprio Estado.

Palavras-chave: retificação civil. pessoas não binárias. direito da personalidade. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The civil rectification of the birth certificate of people who identify as non-binary is still a discussion seen as delicate in society with a view to bringing to light the debate on gender identity. It is noted that there is no clear regulation on the subject, as there are few judicial decisions that deal with the subject. In this article, the authors sought to promote the debate from the perspective of personality rights. In a society founded on the democratic order, as well as on the principle of human dignity, the freedom of each individual and their self-determination must be defended by institutions, as well as by the State itself.

Keywords: civil rectification. non-binary people. personality law. Democratic state.

INTRODUÇÃO

Prevê o art. 54 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973) que no assento de nascimento da pessoa natural deve constar o seu nome, prenome, filiação, data de nascimento (e outras informações relativas ao nascimento), além do sexo da pessoa, referindo-se, neste último caso, em relação aos gêneros masculino ou feminino.

Tendo em vista que a Lei em comento data da década de 1970, quando a discussão a respeito da identidade de gênero ainda era incipiente, não causa surpresa a ausência de dispositivo claro sobre pessoas que não se identificam em nenhuma dessas definições.

Ocorre que, atualmente, com a globalização e a existência de movimentos sociais pela conscientização do respeito da liberdade individual, tornou-se comum conhecer relatos de pessoas que não se identificam nem como do gênero masculino ou do gênero feminino.

No Brasil, em geral, os cartórios de registro de pessoas naturais do Brasil têm negado a retificação do assento de nascimento de pessoas não binárias, o que acaba por conduzir a uma ação judicial ingressada por quem não se reconhece dentro dessa perspectiva binária.

Embora a norma não seja clara sobre a possibilidade de retificação civil de pessoa, maior e capaz, para que conste a sua autodeterminação – ainda que diferente dos padrões heteronor-

mativos, os operadores do direito devem buscar reflexões baseadas na ciência e nos princípios constitucionais.

No presente estudo, se buscará promover o debate ainda que incipiente no cenário nacional, mas que pode encontrar parâmetros elucidativos baseados em fundamentos constitucionais, sobretudo no princípio da dignidade da pessoa humana e na reflexão sobre os direitos da personalidade.

DO DEBATE CIENTÍFICO E JURÍDICO ATUAL ACERCA DA COMPREENSÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO

O Manual do Direito e Diversidade do Ministério Público do Estado de São Paulo conceitua pessoa não binária como a “pessoa que não se identifica no binarismo “homem ou mulher”. Um espectro de identidades e expressões, baseado na rejeição da ideia simplista de que o gênero é, estritamente, uma opção baseada no sexo atribuído no nascimento de acordo com a aparência visual dos genitais”.

O Conselho Federal de Psicologia - CFP se posicionou no sentido de combater todo e quaisquer tipo de compreensão equivocada que possa relacionar patologias psicossociais a pessoas que se identificam como não binárias.

Por meio da Resolução nº 8, de 7 de julho de 2020, o Conselho Federal previu orientações para o exercício do profissional e da profissional de psicologia contra as chamadas violências de gênero. Veja-se:

Art. 3º. A psicóloga e o psicólogo deverão acolher e cooperar com ações protetivas à mulher, seja ela cisgênero, transexual ou travesti, e à pessoa com expressões não binárias de gênero, dentre outras, considerados os aspectos de raça, etnia, orientação sexual, deficiência, quando elas tiverem direitos violados.

§ 1º A psicóloga e o psicólogo colaborarão para criar, articular e fortalecer redes de apoio social, familiar e de enfrentamento à violência de gênero no respectivo território de exercício profissional.

§ 2º A psicóloga e o psicólogo considerarão promover ações com autores de violência de gênero em processos interventivos e de acolhimento a fim de romper ciclos de violência.

Art. 4º. Em relação à mulher, seja ela cisgênero, transexual ou travesti, e à pessoa com expressões não-binárias de gênero, dentre outras, considerados os aspectos de raça, etnia, orientação sexual, deficiência, a psicóloga e o psicólogo contribuirão para:

I - não intensificar processos de medicalização, patologização, discriminação, estigmatização;

II - não usar instrumentos, métodos, técnicas psicológicas que criem, mantenham, acentuem estereótipos;

III - não desenvolver culturas institucionais discriminatórias, assediadoras, violentas;

IV - não legitimar ou reforçar preconceitos;

V - não favorecer patologizações e revitimizações; e

VI - não prejudicar a autonomia delas.

O Conselho, sensível à problemática, já havia emitido as Resoluções 01/99 e 01/2018,

as quais, em síntese, estabelecem que a Psicologia deve contribuir para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações, assim como que os psicólogos e psicólogas, no exercício profissional, não exercerão qualquer conduta que favoreça a patologização de pessoas de outras expressões de identidade de gênero (CFP, Resoluções 01/99 e 01/2018).

Ainda em 2018, em Parecer denominado A Constitucionalidade das resoluções do Conselho Federal de Psicologia que vedam a patologização de pessoas por conta de sua orientação sexual, expressão ou identidade de gênero: aspectos constitucionais e processuais, o Conselho defendeu as supracitadas Resoluções (01/99 e 01/2018), expressando:

A patologização, em síntese, ignora a legitimidade dessas múltiplas combinações referidas por Zambrano e Heilborn, tratando como doença todas aquelas que não correspondam à “norma”. Parte-se de uma falsa premissa binária, com a divisão de todos os indivíduos em duas categorias estanques – “homens” e “mulheres” (e a ordem aqui não é fortuita) –, e conseqüente atribuição ao sexo biológico de conseqüências normativas inarredáveis sobre a esfera das identidades e dos comportamentos sexuais e afetivos. Essa “norma”, porém, não tem amparo no direito – pelo menos não no direito constitucional brasileiro contemporâneo –, nem muito menos na “natureza”. Ela é socialmente construída, e faz com que uma das possíveis combinações entre sexo biológico, gênero e orientação sexual seja tratada como a única “saudável”, em detrimento de todas as demais, relegadas ao campo da patologia (grifo nosso).

Arremata, ainda, o Parecer do CFP:

Nem se diga que a patologia não estaria propriamente na orientação sexual ou na identidade de gênero, mas nos conflitos vivenciados por quem não aceita aquelas que possui e deseja alterá-las, e que deveria, por isso, ser auxiliado pela psicologia nesse objetivo de “conversão”.

Quanto à Resolução 01/99 (que estabelece normas de atuação dos profissionais de psicologia em relação à orientação sexual) a normativa do Conselho Federal de Psicologia foi levado ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o qual, em decisão unânime, julgou improcedente ação civil pública contra a Resolução, oportunidade em que os Desembargadores do Tribunal consignaram:

I – Os termos da Resolução nº 01/99, editada pelo Conselho Federal de Psicologia, proibindo que psicólogos exerçam quaisquer ações que favoreçam a patologização de comportamentos e práticas homoeróticas, vedando, outrossim, a colaboração desses profissionais com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades, apresenta justa coordenação com os termos da Lei nº 5.766/71, que confere ao referido conselho a atribuição para orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de Psicólogo (art. 6º, b).

II – A Resolução nº 01/99, do Conselho Federal de Psicologia, não promove inovação da ordem jurídico-legal, realizando, tão somente, um balizamento de atuação profissional, impedindo a promoção de quaisquer tipos de ação que impliquem, direta ou indiretamente, o reforço de uma pecha culturalmente sedimentada na sociedade no sentido de que a homossexualidade consiste em doença, distúrbio, transtorno ou perversão. (TRF, 2ª Região, 2012)

No tocante ao debate acerca da identidade de gênero, vale lembrar o julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275/DF em que o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da possibilidade de transexuais e transgêneros alterem o prenome e o gênero no registro civil, sem necessidade de cirurgia de mudança de sexo.

Naquela oportunidade, em seu voto, declarou o então Ministro Celso de Mello:

Na realidade, o Estado não pode limitar, restringir, excluir, obstar ou embaraçar o exercício, por qualquer pessoa, de seus direitos à identidade de gênero, pois esse direito fundamental – decorrente do postulado consagrador da dignidade da pessoa humana – integra o complexo mínimo que se encerra no âmbito dos direitos da personalidade, a significar que o direito à autodeterminação sexual justifica e confere legitimidade à adequação da identidade da pessoa, segundo a percepção por ela própria revelada e assumida, ao conteúdo de assentamentos registrares, que poderão ser alterados para assegurar o nome social do transgênero, independentemente de prévia realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização. [...]

Enfatizo, ainda, [...] que a proposta ora veiculada nesta sede de controle abstrato encontra suporte legitimador em postulados fundamentais, como os da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, e, sobretudo, o da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o valor fundante da dignidade da pessoa humana.” (STF. ADI nº 4.275, 2018.) (grifo nosso)

A Organização Mundial da Saúde deixou de considerar a transexualidade como transtorno mental no ano de 2018. E, embora o tema não seja específico relativo às pessoas não binárias, baliza-se numa constatação sociológica e cultural contemporânea, fundada nas mais recentes observações científicas, de que construções sociais humanas heteronormativas não podem ser barreiras para o livre exercício da diversidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Parecer Consultivo OC-24/14, de 24 de novembro de 2017, que trata da Identidade de Gênero, Igualdade e Não Incriminação a Casais do Mesmo Sexo, no parágrafo 78, consigna:

Parágrafo 78. De acordo com o que precede, levando em consideração as obrigações gerais de respeito e garantia estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação estabelecidos no artigo 29 da referida Convenção, conforme estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, das Resoluções da Assembleia Geral da OEA e das agências das Nações Unidas (supra, parágrafos 71 a 76), a Corte Interamericana estabelece que orientação sexual e identidade de gênero, bem como a expressão de gênero são categorias protegidas pela Convenção. Por esta razão, a Convenção proíbe qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Por conseguinte, nenhuma regra, decisão ou prática de direito interno, seja por autoridades estatais ou por indivíduos, pode diminuir ou restringir, de qualquer forma, os direitos de uma pessoa com base na sua orientação sexual, identidade de gênero e/ou a sua expressão de gênero (grifo nosso).

Portanto, o Conselho Federal de Psicologia, a Organização Mundial da Saúde, organismos internacionais de defesa dos direitos humanos, assim como entendimentos do próprio Judiciário brasileiro já compreendem que a diversidade sexual e de gênero não devem ser encarados com discriminação e que as instituições devem respeitar a autodeterminação sexual e de gênero de cada pessoa humana.

DO LIVRE EXERCÍCIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 sustenta que a República Federativa do Brasil constitui Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III). Como desdobramento, no art. 5º da Carta Magna estabeleceu-se um complexo de garantias relativos aos direitos da personalidade.

No inciso X, do art. 5º (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais) consta a seguinte disposição: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (CF

como no exercício de cidadania, o que traz profundas consequências no pleno exercício de sua existência digna.

A liberdade e a dignidade estão intrinsecamente ligadas ao Estado Democrático de Direito e, sendo a pessoa capaz e estando em pleno gozo de suas faculdades mentais, não cabe a qualquer outro indivíduo, nem mesmo ao Estado, infringir o livre exercício do ser humano de se autodeterminar, assim como de se expressar conforme sua intimidade.

Pelo modo em que a sociedade é construída, ocorre uma imposição pela definição de gênero como masculino ou feminino. Contudo, a Psicologia confirma que há pessoas que não se identificam de acordo com esse padrão heteronormativo, motivo pelo qual se torna relevante que o ordenamento jurídico atue em prol da ciência e garanta o livre exercício do direito de autodeterminação.

Não há exceção às pessoas não binárias. As normas constitucionais protegem a vida privada e a intimidade de qualquer pessoa. Não podendo haver qualquer tipo de imposição, de qualquer espécie, ao que se afigura como imanente, subjetivo e próprio da personalidade de cada indivíduo.

DA ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE PESSOA, MAIOR E CAPAZ, PARA QUE CONSTE A IDENTIFICAÇÃO COMO NÃO BINÁRIA

Logo no início do texto da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (Título I – Dos Princípios Fundamentais) a Dignidade da Pessoa Humana, o Pluralismo Político e a Cidadania foram elevados à condição de fundamentos do Brasil, conforme previsão contida no art. 1º, II e III.

Havendo ofensa a esses basilares fundantes da Carta Magna, não se pode afirmar que a Democracia, como direito de viver as liberdades individuais contra o autoritarismo do Estado, está plenamente atendida. E o livre exercício dos direitos da personalidade é desdobramento natural dessas garantias.

A autodeterminação de pessoa, maior e capaz, sem qualquer tipo de patologia de ordem psicossocial, não pode encontrar impedimento ao pleno gozo de todos os seus direitos civis, inclusive os relativos à emissão de registro, ainda que o indivíduo não se encaixe nos padrões de gênero historicamente definidos pela sociedade.

Nesse ponto, embora não seja exatamente a temática específica do presente estudo, importante retornar à decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de retificação de registro civil de pessoas trans, independentemente da realização de cirurgia de redesignação de sexo.

Nesse sentido, pontual o voto do Ministro Edson Fachin (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 DF):

A solução para a presente questão jurídica deve passar, invariavelmente, pela filtragem da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º. Nesse sentido, o presente caso transcende a análise da normatização infraconstitucional de regência dos registros públicos, sendo melhor compreendido e solucionado à luz dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e dos direitos da

personalidade.

A Constituição em seu art. 5º, caput, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ao passo que em seus incisos se podem ver assegurados a: i) igualdade entre homens e mulheres (inciso I), bem como ii) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Como já consignei, tais dispositivos não podem ser lidos de forma distanciada da cláusula de tutela geral da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, mote da repersonalização do Direito Privado. Isso porque "os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto" (STF, ADI 4275, 2018).

No mesmo julgamento, destacou o Ministro Ricardo Lewandowski (ADPF 4275 DF):

Assim, esta Suprema Corte, atenta ao reclamos contemporâneos na luta por reconhecimento, não pode se omitir na luta pela concretização dos direitos fundamentais das pessoas "trans". E, ao fazê-lo, deve afastar, de uma vez por todas, qualquer resquício de abordagem patologizante da questão, que não se coaduna com um Estado democrático que respeita os indivíduos enquanto tais e lhes confere, a todos, igual estima social. Deve-se, ao contrário, estabelecer um novo paradigma normativo que coloque o reconhecimento em seu centro e que consiga refletir de forma complexa e não binária sobre a identificação da pessoa humana (grifo nosso).

Tal é a relevância da supracitada decisão da Suprema Corte acerca dos direitos da personalidade e da possibilidade de retificação de registro civil de pessoas trans, independentemente de cirurgia de redesignação de sexo, que vale colacionar a ementa do julgado da ADI:

DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente. (STF, ADI 4275, 2018). (grifo nosso)

Portanto, é de perceber que a diversidade sexual e de gênero, ainda que, a princípio, possa parecer diferente da construção social historicamente estabelecidas, de modo algum pode servir de embasamento discriminatório ao livre exercício da Cidadania, notadamente na emissão de registros civis, posto que, não cabe ao Estado constituir, mas sim reconhecer.

Como cediço e esculpido no art. 127 da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, ao qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nesse sentido, entre os interesses individuais indisponíveis, cuja defesa é atribuição constitucional do Ministério Público, está a Dignidade da Pessoa Humana, que, como dito acima, logo no art. 1º da Constituição, foi alçada a fundamento da República Federativa do Brasil.

A perspectiva de que a autodeterminação integra a dignidade da pessoa humana, bem como que os ordenamentos jurídicos pátrio e internacional devem se pautar sobre a sua defesa,

sobretudo porque integram o próprio constitucionalismo moderno, foi explanada pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet. Veja-se:

Tanto a concepção de dignidade da pessoa humana quanto o próprio jusnaturalismo passaram por um processo de racionalização e secularização, que atingiu seu ponto culminante com o pensamento de Immanuel Kant, que, dialogando com a tradição anterior, construiu uma noção de dignidade fundada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser tratado como mero objeto, teorização que influenciou profundamente o pensamento subsequente, mas também deitou raízes no constitucionalismo contemporâneo, apesar da inserção de importantes contribuições de outros autores, como é o caso de Hegel, especialmente naquilo em que aponta para a circunstância de que a dignidade também é uma qualidade a ser conquistada. De qualquer sorte, vinculada à noção de liberdade e de direitos inerentes à natureza (racional) humana, a dignidade passou a ser gradativamente reconhecida e tutelada pelo direito positivo, tanto constitucional quanto internacional, assumindo, no que parece existir considerável dose de consenso, a condição parâmetro de legitimidade do Estado e do Direito, espécie de valor-fonte (Miguel Reale) e ‘ponto de Arquimedes’ do Estado Constitucional (Haverkate), muitas vezes mesmo sem que tenha havido previsão expressa quanto ao seu reconhecimento como valor e princípio fundamental, como precisamente bem ilustra a evolução constitucional brasileira, onde apenas em 1988 a dignidade da pessoa humana veio a ser expressamente referida – e com o merecido destaque – no texto constitucional” (SARLET, 2014. p. 121).

Embora o tema ainda seja recente e pouco debatido no ordenamento jurídico nacional, já se encontram decisões judiciais no direito pátrio reconhecendo a possibilidade da alteração de registro civil de pessoas que se identificam como não binárias, isto é, diferentes da definição de gênero como masculino ou feminino.

Na 1ª Vara de Família da Ilha do Governador, situada na Baía da Guanabara, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em agosto de 2020, o magistrado deferiu a retificação de pedido de pessoa não binária, não constando qualquer menção ao sexo masculino ou feminino. Argumentou o Juiz de Direito:

A Lei dos Registros Públicos, embora não possua um dispositivo específico para tratar da matéria, também permite a alteração do registro civil ora em análise. A referida lei elenca a impossibilidade de registro, pelos oficiais de registro, de pronomes suscetíveis de exposição ao ridículo. E, dessa forma, afigura-se possível, também, a mudança dos nomes suscetíveis de exposição ao ridículo. Ora, se o oficial de registro não deverá registrar esses pronomes, devemos entender que a alteração, por esse mesmo motivo, é pertinente e razoável. Não há como negar que uma pessoa que está se preparando para externar aparência andrógona, com a conseqüente modificação de seus aspectos físicos exteriores, transformando-se numa pressuposta pessoa do sexo neutro, não se encontra em situação vexatória ao ostentar documentos que não apresentam informações que se identifiquem com a situação física da pessoa. (...).

Consideremos importante o respeito e à singularidade da situação em tela, garantindo a requerente bem-estar e reconhecimento social, do qual demanda, para que tal questão não seja motivo de preconceito e discriminação, e que venha a refletir em seu estado psicoemocional. (processo em segredo de justiça)

Em outro caso, datado de outubro de 2021, da Vara de Registros Públicos da Comarca de Maceió/Alagoas, foi deferida a alteração do prenome e a inserção do gênero como “não definido”, destacando, ainda, o magistrado que a pessoa petionante é socialmente conhecida pelo nome para o qual que pede a alteração.

Segundo o Juiz, a retificação do gênero e do prenome representariam meramente um reconhecimento na identificação documental da autodeterminação psicológica e que a pessoa já se apresenta em suas relações interpessoais conforme sua expressão individual de gênero (processo em segredo de justiça).

Em âmbito de Segundo Grau de Jurisdição, também em outubro de 2021, a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu o direito à inclusão de “gênero não especificado/agênero”, com a expedição de mandado de averbação ao oficial de registro civil de pessoas naturais. A decisão foi unânime.

Na oportunidade, o Desembargador Carlos Alberto Salles pontuou que, tendo em vista o julgamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao reconhecimento da identidade de pessoas transgêneros (ADI 4275 DF), não poderia haver entendimento distinto em relação a pessoas que se identificam como não binárias. Assentou o seguinte:

(...) Seria incongruente admitir-se posicionamento diverso para a hipótese de transgeneridade não-binária, uma vez que, também nesta, há dissonância entre nome e sexo atribuídos no nascimento e a identificação da pessoa, devendo igualmente prevalecer sua autonomia da vontade. A não identificação do apelante com prenome e sexo atribuídos no nascimento geram sofrimento que justifica a autorização para a mudança, de maneira indistinta do que ocorre com transgêneros binários, sendo essa a única solução que se coaduna com os direitos à dignidade, intimidade, vida privada, honra e imagem garantidos pela Constituição Federal (...). (processo em segredo de justiça).

Recentemente, conforme noticiado pelo jornal eletrônico G1 Rio de Janeiro, a Justiça Itinerante do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro emitiu sentença permitindo a alteração de registro civil e a respectiva troca de documentos de pessoas fora do gênero masculino e feminino (G1 RJ, 2022).

Foi ação de iniciativa da Defensoria Pública do Rio de Janeiro que, desde o mês de novembro de 2021, obteve decisões judiciais favoráveis para que 47 pessoas transgêneros e não binárias alterem suas certidões de nascimento. Com a decisão favorável, os cartórios deverão retificar imediatamente os registros, permitindo a emissão de novos documentos pessoais.

Tendo em vista que o Conselho Federal de Psicologia, assim como diversas entidades internacionais, inclusive a OMS, nas últimas décadas têm se posicionado no sentido de que a orientação sexual e a identidade de gênero integram uma construção social, qualquer imposição baseada em padrões estabelecidos pode representar ofensa à própria existência digna da pessoa humana.

Embora a Lei de Registros Públicos não possua norma que trate de modo claro a respeito da possibilidade de alteração para gênero não binário, a referida legislação elenca hipóteses em que é vedada aos oficiais de registro a inclusão no assento de nomes que possam expor o titular ao ridículo.

De modo semelhante, qualquer imposição de gênero distinto daquele de que a pessoa se reconhece – havendo até mesmo pessoas que se vestem de modo diferente do gênero a que consta no documento – pode ensejar a uma situação vexatória, papel este, definitivamente, não cumpre ao Estado.

Poder-se-ia considerar uma violação ao direito à intimidade e à vida privada expor a pessoa humana, que não se enquadra no gênero biológico, a exigência de uma nota registral que não se relaciona com a sua condição psicossocial, com consequências graves em relações sociais e afetivas.

Portanto, o direito à retificação de registro civil para que não conste em seus documentos a definição de gênero binário, a fim de adequar-se à realidade psicossocial do indivíduo, trata-se

do exercício do princípio da dignidade da pessoa humana, seja na perspectiva de igualdade ou no próprio direito de autodeterminação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Democrático de Direito, em que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento, o respeito à diversidade é dever do Estado. Cabe às instituições democráticas respeitar os diversos aspectos da individualidade de cada pessoa, sobretudo porque não é função do Estado realizar imposições à personalidade do ser humano, apenas reconhecer elas.

Nessa linha de compreensão, é consectário lógico que o direito de autodeterminar-se conforme os atributos de sua personalidade, ao tempo em que representa corrolário do princípio da dignidade da pessoa, gera às instituições o dever de permitir que o registro civil atenda à singularidade do ser humano conforme a sua identificação pessoa.

Quando o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca da possibilidade de retificação do nome e do sexo no registro civil de pessoas transgênero, afirmou que o direito à igualdade abrange a identidade ou a expressão de gênero e que esta é a manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas reconhecer (ADIN 4275 DF).

Ciente de que a ciência, por meio da Psicologia e da Sociologia, não trata essas pessoas como providas de qualquer patologia, ao contrário, reconhece tratar-se de manifestação natural da diversidade humana, negar o ordenamento jurídico o pleno exercício do direito à autodeterminação constituiria patente ofensa aos princípios democráticos.

Talvez seja relevante que a sociedade contemporânea reconheça que a diversidade de gênero não seja apenas a binária e buscar compreender as diversas facetas do comportamento e da identidade humana, de modo que não haja exclusões de qualquer tipo, mas reconhecimento da complexidade e pluralidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, ao Estado cabe a função de permitir que os documentos pessoas atendam à singularidade e autodeterminação do indivíduo, refutando qualquer embaraço à retificação de registro civil, para que este reflita a sua compreensão pessoa acerca de sua identidade de gênero.

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 12 edição, 2014.

Brasília. Conselho Federal de Psicologia. Resolução CFP N° 001/99, de 22 de Março de 1999. https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf. Acesso em 18/01/2022

Brasília. Conselho Federal de Psicologia. Resolução CFP nº 008, de 07 de julho de 2020. https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_008.pdf. Acesso em 18/04/2022.

Maria Berenice Dias e Letícia Benevich. “Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável”. Gênero e Direito, n. 2, 2014, p. 11.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>. Acesso em 17/01/2022.

Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 Distrito Federal*. [http://Supremo Tribunal Federalhttps://redir.stf.jus.br/paginadorpub](http://SupremoTribunalFederalhttps://redir.stf.jus.br/paginadorpub). Acesso em 18/01/2022.

Tribunal Regional Federal, 2ª Região. *Apelação Cível - Turma Espec. III - Administrativo e Cível*. https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2016/07/Resolu%C3%A7%C3%A3o-1_99-TRF2-ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf. Acesso em 17/01/2022.

Brasil. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em 17/01/2022.

Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 17/01/2022.

Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17/01/2022.

Direito e Diversidade do Ministério Público de São Paulo. http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/redes/valorizacao_diversidade/cartilhas/Direito_Diversidade.pdf. Acesso em 18/01/2022

Parecer Consultivo OC-24/17, de 24 de novembro de 2021, da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, solicitada pela República da Costa Rica. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em 18/01/2022

Brasília. Supremo Tribunal Federal. ADIN 4275 – Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário, julgado em 01/03/2018. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em 18/01/2022.

Brasília. Parecer do Conselho Federal de Psicologia. A constitucionalidade das resoluções do Conselho Federal de Psicologia que vedam a patologização de pessoas por conta de sua orientação sexual, expressão ou identidade de gênero: aspectos constitucionais e processuais. https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Parecer_CFP_0199.pdf. Acesso em 18/01/2022

Gênero 'não binarie' é incluído em certidões de nascimento no Rio. G1, Rio de Janeiro, 30/01/2022. <http://g1.globo.com/google/amp/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/01/30/genero-nao-binarie-e-incluido-em-certidoes-de-nascimento-no-rio.ghtml>. Acesso em 30/01/2022

SARLET, Ingo Wolfgang, Art. 1º, inc. III; In: CANOTILHO, J.J. Gomes, *et al* (Coords.); *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina; 2014. p. 121.

Constituição Balzaquiana: uma carta desvirtuada - oscilações ao sabor das conveniências

William Zapatterra Mendes



RESUMO

O objetivo deste singelo estudo é comparar a constituição brasileira com o romance social e reflexivo intitulado *A Mulher de 30*, do autor Honoré de Balzac, segundo o qual se faz uma crítica à sociedade, então representada pela personagem Júlia, retratando a insegurança, as oscilações e os conflitos enfrentados ao longo do tempo. A maior semelhança está na insegurança e na imaturidade da protagonista, assim como tem sido com a nossa carta nestes 30 anos. A constituição traduz os anseios da sociedade. Busca a satisfação social, porém nunca a encontra.

Palavras-chave: Constituição Balzaquiana. sociedade. conveniências.

INTRODUÇÃO.

Pertinente a analogia da personagem Julia de Chatillonest, da obra *A Mulher de Trinta* com a Carta Magna brasileira, que entrou na casa dos 30 anos em 2018 com a sua infidelidade explícita, ao trair a sociedade com suas oscilações capitalistas, mudando de comportamento ao sabor das conveniências políticas, esquecendo a aliança de compromisso e de respeito com o cidadão em relação a questões sociais de amparo aos brasileiros desvalidos.

Daí o nome Constituição-cidadã.¹

É preciso analisar a personagem Júlia², a qual representa nossa Carta Magna, sob o enfoque do realismo, considerando o mundo social e capitalista de domínio da classe burguesa.

No século XIX o ideal (idealismo) começa a perder espaço para a realidade das relações sociais, sendo este realismo uma crítica e não um elogio ao sistema, com caráter de denúncia social.

O modelo capitalista se intensificava e a classe dominante passou a ter maior poder de decisão, aumentando com isso a desigualdade social. Buscava-se o engajamento social com o aprofundamento do naturalismo³.

Uma indagação válida, nas palavras de Assis e Figueredo:

Vale indagar neste momento: O que reside nesta relação? Ela reside na premissa de ser possível narrar e afirmar a existência de uma constituição social; ou noutras palavras: o que foi constituído politicamente para uma sociedade no ocidente sob a expressão de “constituição”....(ASSIS e FIGUEREDO, 2021, p. 2) ⁴

A comparação está na complexidade da vida da personagem, assim como é complexo retratar a Carta, sendo a essência da vida da constituição a reprodução do capitalismo. Produção capitalista, aqui comparada com a produção (reprodução) da vida cotidiana, dentro de uma realidade impessoal e crítica, sem devaneios. Este sistema de capital não vive de esperança, mas de lucro.

¹ “A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja nosso grito: Muda para vencer! Muda, Brasil!” Ulisses Guimarães, 1988.

² Personagem do romance do autor francês, Honoré de Balzac, lançado em 1842 e faz parte da série *Scènes de la vie privée*. Representa as oscilações e os conflitos de uma sociedade em transformação.

³ Aprofundamento do realismo que tem por objetivo retratar a realidade dos fatos.

⁴ ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. *Constituição Júlia: uma carta-mulher de trinta*. Revista *Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1586>.

Equivale a dizer que sem essa análise empírica e sem a devida crítica, um sistema não consegue se expandir em direção à Justiça Social e seja qual for a definição, as teorias ou as ideologias adotadas, o objetivo final deveria ser o alcance desta Justiça, traduzida no alento social, resultante de uma distribuição de renda mais igualitária e oportunidades de inclusão para a coletividade no geral, nos termos dos artigos 1º e 3º da constituição federal.

O presente estudo vai ao encontro desta analogia. Visa contemplar a personagem de Honoré de Balzac e suas vicissitudes e escolhas, em comparação com as alterações intensas vividas pela constituição nessas três décadas, ao passo que discorre, em brevíssima análise, sobre os temas correlatos: justiça social nos dias atuais, constituição dirigente, constitucionalismo e transconstitucionalismo.

PRINCÍPIOS AMADURECEM COM O TEMPO?

A Carta nos apresenta os princípios fundamentais e objetivos da República Federativa do Brasil. Logo no artigo 1º já se verifica que o princípio da dignidade da pessoa humana é direito fundamental e no artigo 3º, que trata dos objetivos fundamentais, verifica-se a determinação de transformação social e eliminação de barreiras e todas as formas de discriminação, com erradicação da pobreza, entre outros.

E seguem os autores em comento:

A indiferença, relativamente às relações sociais, se confundiu com a primado da neutralidade da lei e dos variados matizes dessa característica, compreendida como uma das expressões mais dignificantes para o direito: a legalidade. (ASSIS e FIGUEREDO, 2021, p. 3)⁵

A crença na ficção jurídica do romantismo mantém a ordem das coisas como elas são e, assim, os ricos permanecem com suas riquezas e os pobres com suas misérias. É preciso considerar a temporalização da personagem balzaquiana.

Certo é que nenhuma constituição democrática consegue permanecer inalterada, como em um cenário regular de exatidão equiparada à trigonometria de Legendre⁶, Assis e Figueredo (2021, p. 1). Necessárias algumas pinturas e contornos para melhor adequação aos anseios poéticos sociais.

A Constituição de 1988 basicamente estrutura um Estado Social, sendo que este corrige (ou deveria corrigir) o individualismo, a neutralidade e a abstenção estatal com a afirmação dos direitos sociais e a realização de objetivos de justiça social, ou seja, busca compatibilizar o sistema capitalista com a consecução do bem-estar social geral.

O discurso político que induz multidões não se traduz na prática, sendo os direitos fundamentais mera retórica coberta de ilusões e com sérias dificuldades de amadurecimento. Não passa de amor idealizado, ingênuo. Sempre em busca do ideal que nunca se alcança.

Direitos fundamentais são basicamente aqueles que protegem a Dignidade da Pessoa Humana. Direitos e Garantias Fundamentais: o Direito declara o que é fundamental e a Garantia, assegura.

⁵ *Idem*. p. 3

⁶ *Estagnação. Exatidão.*

Os direitos fundamentais são direitos protetivos, que garantem o mínimo necessário para que um indivíduo exista de forma digna dentro de uma sociedade administrada pelo Poder Estatal. Direitos que ainda não amadureceram e permanecem juvenis pela falta de aplicação da prática.

Constituição Invertida

Eis aqui a constituição dirigente pedindo passagem.

Constituição Econômica é a constituição dirigente, que significa o rumo que a economia deveria tomar ao encontro dos mais necessitados, através de políticas públicas adequadas. Constituição Dirigente não é uma constituição separada. Ela faz parte do todo, da Carta Magna, assim como a constituição financeira e a constituição política. Alguns até as chamam de sub constituições.

Dessas três, a única com valor ideológico é a dirigente (econômica), pois tem a missão de atender o social.

A constituição financeira teria o papel de municiar a constituição econômica com o dinheiro arrecadado da tributação, para que seus fins fossem alcançados.

Aqui acontece a inversão de Gilberto Bercovici: o dinheiro que deveria ser usado para fomento das questões sociais foi desvirtuado ou desviado para questões capitalistas, para fomento do capitalismo, mantendo assim os ricos com suas riquezas e os pobres com suas misérias, implicando no surgimento de um novo fenômeno: a constituição dirigente invertida. (BERCOVICI e MASSONETO, 2006, p. 4).

A inversão estaria, segundo Bercovici, na função da constituição financeira:

O que se viu então foi o recrudescimento dos aspectos instrumentais da constituição financeira e o ocaso da constituição econômica, invertendo o corolário programático do constitucionalismo dirigente. (BERCOVICI e MASSONETO, 2006, p. 6)

Significaria dizer que a constituição financeira passou a ter seus próprios objetivos: fomentar as riquezas privadas através do financiamento do capitalismo, em vez de subsidiar a luta pela erradicação da pobreza e pela diminuição da desigualdade. Investe no mercado privado e com isso acaba provocando uma desigualdade ainda maior.

E a constituição política, por sua vez, ampara politicamente o desvirtuamento orçamentário.

Na visão do professor Bercovici,

o orçamento público esta voltado para a garantia do investimento privado, para a garantia do capital privado, em detrimento dos direitos sociais e serviços públicos voltados para a população mais desfavorecida” (BERCOVICI e MASSONETO, 2006, p. 15)

Aqui está o verdadeiro motivo do desvirtuamento: o capitalismo que prevalece em detrimento das camadas mais necessitadas.

Justiça Social. O Constitucionalismo de Helena

Mitigar o desejo (Helena)⁷ de justiça social seria, no mínimo, inadmissível. Ainda que a sociedade esteja a experimentar um período de crise sanitária e de recessão forte da economia, o ideal social deve ser buscado, seguindo a própria constituição dirigente, em vez de invertê-la.⁸

Sem dúvida de que a Lei precisa acompanhar os anseios sociais, mas o perigo surge no momento em que a Carta é aplicada ao sabor das conveniências políticas e dos interesses econômicos de uma minoria.

Daí, faz-se necessário o respeito à solenidade do matrimônio democrático entre a Carta-Júlia e a sociedade. Na observância desta solenidade, encontram-se opiniões democráticas das mais diversas, lembrando que opinião contrária é sempre crucial para o regime democrático.

Impossível discorrer sobre o tema acima proposto sem decifrar o conceito de democracia, e não é suficiente entender que democracia é apenas a vontade da maioria. É preciso proteger os direitos fundamentais, inclusive da minoria e daqueles que pensam de modo diferente, com opiniões discordantes.

Não há espaço para tentar compatibilizar a democracia com o regime autoritário. A democracia existe para contemplar a diversidade.

Tantas emendas e remendos não alteraram a personalidade da carta balzaquiana, cuja essência é a igualdade apregoada por um constitucionalismo pós-militar, sempre em prol da busca pela Justiça Social (Helena). Esta busca confirma fielmente a ruptura com o militarismo (coronel Victor d'Aiglemont), e deve ser incessante e ininterrupta:

A Constituição brasileira não teve a oportunidade de escolha dada a Júlia em rechaçar uma relação com um sujeito aparentemente forte e esculpido por campos de forças. O casamento com o Brasil era urgente para, justamente, tentar refazer este sujeito; por esse ângulo, se a ideia de um amor idealizado foi aquilo que fez de Júlia ingênua, no caso do texto constitucional foi o que permitiu repensar um país. Em outras palavras, sem o impulso de juventude, talvez não tivéssemos tido êxito em iniciar uma jornada de rompimento com as forças autoritárias que assumiram grau de poder ditatorial. (ASSIS e FIGUEREDO, 2021, p.11)

A personalidade da Carta-Júlia não mudou, apenas jaz enterrada sob entulhos amontoados em forma de emendas, cujas escolhas impedem que aflore sua essência.

O constitucionalismo pós-militar, que se comprometeu a confrontar o autoritarismo, ainda prevalece. A paixão pelo regime militar autoritário acabou faz tempo. Ruptura. Separação de fato e de direito. Não há mais espaço na sociedade para flertar novamente com atitudes déspotas, onde prevalecia o autoritarismo tentando assumir o controle absoluto, relegando para o segundo plano as opiniões contrárias.

A ideia de constitucionalismo, adstrita ao Estado Democrático de Direito, regulamenta e apresenta direitos individuais que figuram também em uma dimensão política e que estão limitados à possibilidade de alteração pelo legislador, haja vista a necessidade de se observar os requisitos procedimentais para tanto, especialmente se considerados como cláusulas pétreas, sendo passíveis de apreciação e amparo pelo Poder Judiciário.

⁷ Representa a esperança.

⁸ O sentido da constituição dirigente no Brasil está vinculado, na visão de Gilberto Bercovici, à concepção da constituição como um projeto de construção nacional.

Transconstitucionalismo

Não se deve considerar uma afronta à constituição a tentativa de melhor adequá-la à proteção dos direitos fundamentais. A afronta estaria, (in)justamente, na omissão que segrega e marginaliza cidadãos que, porventura, pensam ou agem diferente. Contudo, mister se faz a observância de certa solenidade e respeito às tratativas para o ajustamento da própria Carta.

Parafraseando Assis e Figueredo, assim como a mulher de trinta de Balzac, a constituição não nasceu assim. Fez-se assim⁹. Moldada não pelo tempo, mas pelos interesses. Perdendo aos poucos a honra, desvirtuou-se.

Um exemplo atual e recorrente é o casamento de pessoas do mesmo sexo.

A própria carta traz em seu bojo que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, juridicamente reconhecidos como entidade familiar (§§ 3º e 5º do artigo 226 CF)”.

O preâmbulo da Carta traz, ainda, que o nascimento da Constituição Federal é “abençoado por Deus”¹⁰, o que para os cristãos tem um forte significado.

Resta notório que submeteram a constituição à proteção de Deus, que formou o Homem e a Mulher para juntos permanecerem em união (casamento).

Não se discute com isso a validade dos direitos e garantias individuais, de suma importância, sem dúvida. O fato é que houve uma mudança no caráter da carta pela força da “cane-tada”, e não da democracia, através de um ativismo jurídico exercido pelo judiciário, fora dos trâmites legais previamente estabelecidos. Não de poderia mudar a regra do jogo com a partida em andamento.

A constituição não previu a união homoafetiva e o judiciário tratou de sacramentar os direitos desta relação. Os contornos foram pintados fora do quadro, ao largo das normas elencadas para transformações de grande repercussão, sem o necessário debate democrático.

A Carta-Júlia sofre com a falta de respeito. É usada e abusada no ímpeto de uma paixão de momento, sem que se considerem o seu jeito de ser.

Em virtude da constante transformação e evolução da sociedade no decorrer do tempo, e conseqüentemente das alterações dos valores, dos costumes, e da cultura, bem como das concepções tanto ideológicas e filosóficas é que surgiu o instituto da mutação constitucional, permitindo que a Constituição seja objeto de uma “renovação semântica” e adequação ao momento fático-social vivido pelo Estado, sem, contudo, alterá-la formalmente.

Sem dúvida que a existência de uma constituição meramente semântica é um perigo para que práticas abusivas e desmoderadas encontrem terreno fértil para crescimento. O desrespeito aos Direitos Humanos e a discriminação são exemplos acentuados oriundos de uma semântica sem prática.

De maneira estrita e restrita, o conceito de constitucionalismo se emancipa do Estado, não para criar uma anarquia, mas para abraçar outras ordens jurídicas e, em conjunto, numa

⁹ *Idem*, p.8

¹⁰com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

espécie de trabalho em equipe, realizar a Justiça Social para além das fronteiras (transconstitucionalismo).

Eis que surge o conceito de transconstitucionalismo como pontes de transição que unem e fortalecem, estreitando os laços constitucionais entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial. O transconstitucionalismo vem com o intuito de instrumentalizar inúmeros casos que afetam um determinado grupo coletivo alcançado por mais de uma ordem jurídica, em busca de um consenso jurídico. A leitura deixa de ser conservadora e a igualdade passa a ser mais real.

O conceito está relacionado à existência de problemas jurídico-constitucionais que perpassam as distintas ordens jurídicas, sendo comuns a todas elas, como, por exemplo, os problemas associados aos direitos humanos.

A mutação não consiste numa alteração do texto, mas sim numa modificação do significado.

Transconstitucionalismo é a busca e o respeito pela Dignidade da Pessoa Humana, agora de maneira ampla e irrestrita, já que os destinatários dos direitos fundamentais não estão apenas adstritos dentro de uma região ordenada por esta ou aquela constituição.

Os valores transcendem os espaços territoriais para alcançar a todos.

Surge o embate sobre a solenidade nas alterações constitucionais, pois mesmo uma simples modificação de significado, em se tratando de Carta Magna, precisaria de quórum exigido para melhor análise, através da pertinente discussão democrática.

Pelo constitucionalismo tradicional, busca-se um equilíbrio e harmonia entre os direitos humanos e a limitação do poder. Esta relação, nos dias de hoje, é transversal, na medida em que envolve diversas ordens em busca de respostas reciprocamente adequadas, visando a igualdade, cerne da Justiça Social e que deve ser alcançada por todos os povos.

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior,

O Direito Constitucional, portanto, afasta-se de sua base originária, que sempre foi o Estado, para se dedicar às questões transconstitucionais, que são aquelas, segundo Neves, que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas e que podem envolver tribunais estatais e internacionais na busca de sua solução¹¹.

Neves explica que o conceito de transconstitucionalismo não tem nada a ver com o conceito de constitucionalismo internacional ou transnacional (NEVES, 2014, p.7)¹².

Teria mais a ver com a plausibilidade de agregar ferramentas para viabilizar direitos de ordem difusa e coletiva ao redor do mundo globalizado e democrático.

Resta saber até que ponto se faz possível instrumentalizar o transconstitucionalismo, vinculando tais ordens jurídicas estatais às decisões jurídicas internacionais sem ferir o caráter da carta.

Uma possibilidade seria a sujeição do Brasil às decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em razão da adesão do Estado brasileiro às disposições da Conven-

¹¹Pós-doutor em direito constitucional pela universidade de Lisboa/Portugal. Doutor em direito constitucional pela puc/sp. Mestre em direito econômico pela UFBA. Texto disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/199235257/transconstitucionalismo-e-as-questoes-constitucionais-transnacionais>

¹² NEVES, Marcelo. (NÃO) Solucionando Problemas Constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões. Lua Nova, São Paulo, 93: 201-232, 2014

ção Americana de Direitos Humanos, mesmo sem estar obrigado, mas com o devido pluralismo de ideias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tenha-se em mente que a Constituição de 1988 não foi revolucionária, embora constantemente a tratemos como um ponto de ruptura com o regime militar. A Constituição foi moldada ao longo do tempo para manter a amarração de certas estruturas num aparente desenho novo e promotor. Assim como Júlia, fomos constantemente envolvidos por sentimentos de esperança. (ASSIS e FIGUEREDO, 2021, p. 21)¹³

Em termos de recuperação e reconstrução de cenários, fica a perspectiva de que a camada menos privilegiada, desprovida de recursos e de riquezas possa participar, democraticamente, deste momento de reestruturação, trabalhando, comprando, vendendo, produzindo e consumindo. Este pode ser o momento de inclusão social e de aproximação do ideal da igualdade, embrião deste mesmo constitucionalismo. Embrião que insiste em nascer, como Helena, vindo à luz, concretizada em forma de políticas públicas sociais.

Quem sabe uma nova forma de apego à Justiça Pública Social surja, e com isso a tão esperada igualdade, essência da Carta que ainda não aflorou. Refiro-me a uma política pública orientada para o desenvolvimento econômico e para a justiça social, com estímulo ao trabalho e à produção, nos termos dos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição balzaquiana, em detrimento de todo e qualquer autoritarismo.

A inconstância, a melancolia e as contradições da personagem Júlia refletem bem a atual constituição que está sempre em busca de “novas aventuras”, com seus arroubos políticos e oscilações sociais e econômicas, gerando a mesma insegurança sentida pela protagonista da obra de Honoré Balzac.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. Constituição Júlia: uma carta-mulher de trinta. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1586>

BERCOVICI, Gilberto e MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida. In: *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, v. XLIX, p. 57-77, 2006. Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível: <URL:<http://hdl.handle.net/10316.2/24845>>

JÚNIOR, Dirley da Cunha. <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/199235257/transconstitucionalismo-e-as-questoes-constitucionais-transnacionais>.

NEVES, Marcelo. (NÃO)Solucionando Problemas Constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, 93: 201-232, 2014.

¹³ ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. *Constituição Júlia: uma carta-mulher de trinta*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1586>.

Organizador

Pedro Fauth Manhães Miranda

Doutorando em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestre em Ciências Sociais Aplicadas, pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Bacharel em Direito, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), e em Ciência Política, pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Professor de Direito, Ciência Política, Sociologia e disciplinas afins, atualmente nas instituições Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG) e Instituto de Filosofia e Teologia Mater Ecclesiae (IFITEME). Advogado inscrito na OAB/PR.

Índice Remissivo

A

- abandono afetivo* 202, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 210, 211, 212, 214, 216, 217, 218
- administração pública* 33, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 60, 65, 72, 104, 107, 175, 180, 192, 195, 196, 293, 298, 299, 304, 307
- administrativo disciplinar* 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 190, 191, 192, 195, 198, 199
- adolescentes* 181, 182, 183, 186, 187, 188, 191, 193, 199, 241, 242, 243, 245, 246, 248, 250, 251, 252, 254, 255, 262
- advogado* 49, 50, 51, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 85, 213, 214, 266, 310
- ampla defesa* 50, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 86, 195, 197, 198, 199, 280
- arte* 217, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277
- assistência* 43, 45, 57, 101, 177, 184, 187, 229, 230, 231, 234, 235, 236, 242, 254, 299, 301, 302

B

- Brasil* 4, 28, 29, 32, 33, 35, 44, 48, 57, 63, 64, 65, 78, 84, 86, 87, 91, 94, 97, 98, 101, 106, 107, 119, 122, 140, 142, 143, 150, 151, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 173, 174, 179, 182, 183, 184, 187, 188, 191, 192, 194, 197, 198, 200, 206, 208, 213, 216, 217, 220, 221, 223, 229, 230, 231, 233, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 249, 250, 254, 256, 257, 259, 261, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 279, 287, 289, 290, 292, 295, 296, 298, 300, 302, 303, 304, 306, 307, 311, 312, 313, 315, 316, 317, 318, 320, 321, 323, 324, 325, 326, 328, 331, 333, 334, 338, 340, 341, 343, 345
- brasileira* 13, 14, 15, 16, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 37, 44, 56, 59, 63, 83, 84, 98, 120, 146, 153, 158, 161, 174, 182, 189, 207, 212, 216, 221, 241, 242, 254, 280, 282, 300, 309, 315, 316, 317, 324, 325, 326, 335, 340, 343

C

- civil* 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 52, 54, 59, 62, 63, 66, 69, 70, 72, 79, 89, 104, 117, 149, 181, 185, 203, 204, 205, 206, 207, 210, 212, 216, 217, 218, 219, 224, 247, 248, 256, 261, 263, 280, 327, 328, 330, 332, 333, 334, 335, 336, 337
- CNI* 72
- comissões* 50, 51, 53, 55, 56, 59, 152

compliance 172, 173, 174, 175, 178
conselho tutelar 190
constituição federal 221, 341
contraditório 50, 54, 55, 57, 58, 61, 86, 197, 198, 199, 280
corrupção 25, 84, 93, 174, 178, 243, 294, 295, 298, 307, 308, 311
COVID-19 182, 183, 187, 188, 189
crianças 181, 182, 183, 186, 187, 188, 191, 193, 199, 215, 241, 242, 243, 245, 246, 248, 250, 252, 253, 255, 261, 262
criminalização 43, 226, 246

D

dano moral 17, 20, 22, 23, 28, 29, 30, 31, 32, 36, 37, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 212, 216
danos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 26, 27, 29, 30, 33, 34, 35, 118, 152, 153, 203, 204, 207, 208, 209, 210, 212, 214, 215, 216, 218, 234, 261
danos punitivos 13, 14, 15, 19, 34, 35
decisões 24, 31, 40, 42, 67, 74, 75, 84, 85, 91, 113, 114, 151, 160, 175, 176, 193, 209, 213, 214, 232, 233, 261, 263, 265, 305, 328, 335, 336, 345
defesa 21, 33, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 68, 70, 75, 78, 83, 85, 86, 88, 89, 90, 93, 106, 161, 175, 191, 192, 195, 197, 198, 199, 200, 241, 264, 280, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 308, 331, 334
democráticas 286, 287, 288, 289, 337, 343
desenvolvimento cognitivo 240, 252, 253, 255
direito 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 42, 45, 50, 51, 52, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 77, 79, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 111, 112, 117, 118, 119, 122, 142, 143, 145, 146, 147, 150, 152, 153, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 175, 178, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 192, 194, 197, 198, 199, 201, 203, 204, 205, 206, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 222, 223, 225, 227, 228, 230, 232, 233, 242, 247, 250, 251, 256, 260, 261, 262, 263, 267, 270, 271, 272, 274, 275, 276, 279, 280, 283, 289, 290, 292, 295, 301, 302, 304, 310, 311, 317, 318, 319, 324, 326, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 345
direito civil 15, 17, 19, 28, 29, 30, 34, 35, 62, 63, 66, 69, 70, 72, 79, 117, 256
direito comercial 62, 63, 71, 73, 117, 142

direito empresarial 111, 143
direitos humanos 42, 47, 82, 83, 84, 90, 94, 95, 100, 101, 160, 189, 191, 200, 265, 266, 267, 269, 303, 331, 345
direito social 96, 97, 101, 102, 104, 106, 304
direitos trabalhistas 151, 156, 157, 160, 161, 162, 165, 169
disciplinar 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 190, 191, 192, 193, 195, 197, 198, 199, 200, 226, 330

E

econômica 22, 62, 63, 68, 69, 71, 84, 112, 119, 122, 160, 164, 165, 167, 175, 210, 241, 242, 243, 244, 273, 313, 342
econômicas 65, 70, 148, 157, 169, 172, 174, 283, 346
eleições 64, 66, 160, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 285, 290, 309
empresarial 72, 111, 112, 118, 119, 133, 143, 168, 171, 172, 173, 177
empresas 19, 52, 53, 69, 76, 77, 112, 113, 119, 131, 135, 141, 148, 149, 152, 169, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 289, 306
espiritualidade 202, 203, 204, 213, 214, 215, 216, 217, 218
estado de sítio 287, 288, 289, 290, 291
estatal 31, 34, 38, 41, 46, 63, 69, 71, 86, 87, 100, 168, 194, 226, 245, 280, 283, 284, 304, 341

F

federalismo 63, 64, 66, 78, 79, 80
fóssil 271, 272, 273, 275, 276
FRIDA 38, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47
futuro 18, 21, 27, 84, 114, 174, 245, 258, 259, 260, 265, 267, 268, 294, 295, 304, 305, 309, 311, 316

G

gênero 4, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 72, 73, 103, 104, 193, 213, 231, 233, 238, 243, 250, 283, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338

H

humano 41, 72, 101, 114, 117, 118, 119, 130, 146, 163, 166, 168, 169, 177, 178, 205, 208, 210, 213, 214, 215, 224, 226, 240, 244, 248, 252, 253, 254, 255, 283, 301, 318, 325, 326, 332, 333, 337

I
imputabilidade 23, 240, 241, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 252, 253, 255
individualidade 178, 332, 337
inocência 54, 60, 61, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 318, 319
instituições 33, 128, 166, 182, 184, 193, 213, 238, 250, 263, 266, 286, 287, 288, 289, 296, 318, 331, 337, 347
interdisciplinar 41, 46, 209, 239
investigado 49, 55, 56, 263

J
jurídico 13, 14, 17, 18, 21, 23, 32, 33, 35, 39, 42, 43, 46, 52, 53, 57, 59, 73, 74, 75, 76, 84, 88, 89, 90, 93, 94, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 106, 107, 111, 150, 153, 155, 158, 161, 168, 182, 186, 189, 200, 203, 204, 205, 207, 208, 209, 210, 214, 215, 218, 223, 224, 225, 226, 227, 237, 251, 252, 265, 272, 273, 280, 297, 300, 302, 312, 316, 317, 318, 319, 329, 330, 332, 333, 335, 337, 344, 345
jurisdição 28, 62, 63, 66, 73, 75, 77, 78, 85, 213, 259, 261, 262, 263, 265, 267, 269
jurisprudencial 17, 28, 68, 71, 74, 147, 149, 191, 279

L
Lei Maria da Penha 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 229, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 237
LGBT 315, 321, 323, 324, 325
LGBTQIA+ 314, 321, 323, 324, 325, 326
liberdade 25, 27, 29, 55, 62, 63, 69, 70, 71, 72, 77, 78, 79, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 91, 93, 100, 154, 159, 160, 161, 166, 167, 168, 184, 186, 187, 192, 193, 206, 208, 213, 223, 225, 227, 240, 248, 250, 251, 252, 254, 261, 283, 289, 291, 315, 319, 323, 328, 331, 332, 333, 334, 335

M
modalidade de trabalho 144, 145, 146, 147, 149, 150, 153, 154
moradia 96, 97, 98, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 242, 244, 246
mulheres 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 168, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 245, 283, 322, 323, 324, 330, 334
municipal 103, 180, 193, 194, 197, 198, 199, 200, 234,

281, 282, 293, 294, 295, 296, 297, 306, 309, 310, 311

N

não binárias 327, 328, 329, 331, 333, 335, 336
neurociência 239, 240, 252, 253, 254, 255, 257
neurociência cognitiva 240, 252, 253, 255

O

OAB 57, 219, 258, 311, 347

P

PAD 49, 50, 51, 53, 54, 58, 59, 191, 194, 195, 196, 197
paleontologia 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276
pena civil 14, 15, 16, 17, 18, 19, 29, 37
penal 14, 16, 18, 19, 20, 23, 24, 29, 30, 33, 34, 39, 40, 42, 43, 47, 54, 59, 66, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 93, 94, 198, 199, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 240, 241, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 259, 261, 262, 265, 266, 267, 317, 318, 319
pessoas 18, 25, 34, 52, 68, 72, 76, 85, 87, 93, 97, 98, 99, 112, 114, 116, 128, 130, 150, 168, 172, 173, 177, 183, 187, 193, 194, 205, 206, 208, 211, 213, 216, 222, 227, 236, 241, 245, 246, 247, 249, 252, 253, 254, 259, 261, 281, 283, 290, 295, 301, 303, 305, 308, 315, 316, 317, 320, 321, 323, 324, 325, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 344
pessoas não binárias 327, 328, 331, 333
políticas públicas 38, 39, 40, 41, 43, 45, 46, 47, 75, 99, 106, 168, 234, 236, 242, 243, 294, 295, 304, 312, 342, 346
político 63, 64, 65, 79, 91, 93, 102, 153, 166, 168, 200, 243, 261, 268, 279, 281, 282, 283, 284, 290, 301, 306, 309, 318, 321, 341
presídios 221, 222, 314, 315, 317, 320, 321, 322, 323, 324, 325
presos 264, 314, 315, 320, 321, 322, 323, 324, 325
presunção 55, 60, 61, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 95, 212, 249, 318, 319
prevenção 14, 15, 17, 18, 21, 26, 30, 35, 39, 40, 42, 43, 44, 46, 47, 85, 174, 187, 189, 223, 225, 301, 315, 316, 317
previdência 101, 242, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313
procedimental 286

propriedade industrial 111, 112, 117, 118, 119
psicológica 21, 38, 39, 40, 42, 43, 46, 47, 48, 211, 230,
231, 232, 234, 236, 237, 335
públicos 26, 44, 51, 52, 53, 55, 59, 60, 65, 70, 86, 97,
104, 105, 106, 122, 160, 172, 175, 192, 193, 195,
197, 198, 199, 200, 204, 237, 284, 285, 289, 297,
298, 299, 302, 303, 304, 305, 306, 308, 312, 313,
333, 338, 342

R

reforma trabalhista 144, 145, 147, 150, 152, 153, 154,
155
registro de marca 111, 112, 122, 124, 125, 128, 133, 135,
140, 141
reparação 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25,
26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 37, 204, 205, 209,
212, 216, 264
repressiva 38, 39, 41, 43, 46
responsabilidade 4, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23,
24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 42, 54,
59, 60, 115, 133, 147, 149, 150, 157, 161, 171, 172,
173, 176, 177, 178, 181, 188, 198, 203, 204, 205,
206, 207, 210, 213, 217, 219, 222, 249, 254, 257,
262, 268, 269, 288, 298, 299, 311
responsabilidade social 157, 161, 171, 172, 173, 177
ressocialização 93, 220, 221, 225, 226, 227, 246, 249,
315, 317, 320
retificação civil 328

S

saúde 40, 42, 45, 72, 75, 101, 130, 154, 181, 182, 183,
184, 187, 192, 206, 223, 226, 231, 232, 233, 242,
243, 261, 301, 302
servidor 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 193,
194, 195, 196, 198, 234, 296, 300, 302, 305, 310,
312
sociedade 17, 19, 21, 27, 30, 41, 42, 51, 55, 70, 85, 86,
91, 93, 98, 104, 114, 117, 124, 125, 128, 141, 145,
146, 148, 152, 159, 160, 164, 165, 166, 167, 168,
169, 177, 178, 182, 183, 184, 187, 188, 191, 192,
193, 194, 196, 204, 206, 221, 222, 223, 224, 226,
227, 236, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 248, 249,
251, 252, 280, 287, 291, 294, 295, 301, 303, 305,
309, 316, 317, 319, 320, 324, 325, 326, 328, 330,
332, 333, 337, 340, 342, 343, 344, 345
STF 50, 51, 56, 58, 59, 60, 61, 79, 84, 85, 86, 87, 88, 89,
90, 91, 93, 184, 290, 309, 310, 331, 334
suplementares 72, 278, 279, 280, 282, 283, 285

T

tecnologia 130, 145, 146, 148, 149, 155, 169, 173, 214, 246, 252, 253, 307

teletrabalho 145, 146, 147, 148, 149, 150, 153, 154, 155

tortura 145, 164, 261, 263, 315, 319, 320, 322, 325, 326

trabalho 15, 18, 22, 25, 26, 31, 35, 46, 60, 63, 64, 65, 66,

69, 70, 72, 86, 97, 98, 101, 102, 111, 112, 114, 116,

117, 123, 124, 125, 126, 131, 133, 140, 141, 143,

144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153,

154, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164,

165, 166, 167, 168, 169, 170, 175, 176, 191, 192,

194, 197, 213, 214, 221, 222, 223, 226, 227, 233,

234, 235, 236, 237, 241, 242, 243, 244, 245, 246,

247, 248, 259, 260, 263, 265, 267, 271, 272, 275,

276, 281, 294, 295, 300, 301, 302, 311, 345, 346

tribunal 69, 82, 84, 90, 92, 93, 217, 259, 261, 262, 264,

267, 268, 294, 308

V

vacinação 182, 183, 184, 186, 187, 188, 289, 290

violência 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 83,

184, 187, 192, 206, 226, 229, 230, 231, 232, 233,

234, 235, 236, 237, 241, 242, 244, 246, 248, 251,

252, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 329

violência de gênero 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 329

