Organizadores
Carlos Marcel Ferrari Lima Fernandes
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO

EXPERT
EDITORA DIGITAL

DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO

O Livro Direito em Transformação é composto por artigos e resumos com o objetivo de fornecer à comunidade jurídica uma diversidade de temas em voga na atualidade.

Esta coletânea de artigos e resumos traz análises distintas e valiosas acerca dos temas, trazendo aos leitores uma visão interpretativa e ampliada dos pontos de atenção que têm gerado debates e discussões.
Esperamos que esta obra seja aproveitada por todo o público do Direito, reafirmando a importância da discussão dessa temática, despertando, ainda mais, o interesse pela leitura.
Boa leitura!

ISBN 9786589904304

creative commons

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Organizadores
Carlos Marcel Ferrari Lima Fernandes
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do autor
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. https://br.creativecommons.org/
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

FERNANDES, Carlos Marcel Ferrari Lima;RIBEIRO, Thaysa Navarro de Aquino (orgs.)
Direito em Transformação / Carlos Marcel Ferrari Lima Fernandes e Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro (Organizadores) — Editora Expert - Belo Horizonte - 2021
1. Direito. 2 Sistema judiciário . 3. Coronavírus I. Título.
ISBN: 978-65-89904-30-4
CDD: 340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br

Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

SUMÁRIO

ROCHA, Vanessa Santos
SILVA, Yasmin Cristina de Lima
AQUINO, Profa. Thaysa

DIREITO A SAÚDE EM DIVERGENCIA COM O DIREITO À EDUCAÇÃO: COMO ESTAMOS LIDANDO

INTRODUÇÃO *29*

2. IMPORTANCIA DA EDUCAÇÃO NA SOCIEDADE *30*

3. DIFERENÇA ENTRE AULA ONLINE E PRESENCIAL.....*31*

4. QUALIDADE DAS AULAS REMOTAS DURANTE A PANDEMIA DA COVID–19 .....*32*

5. DESIGUALDADE NO ACESSO A EDUCAÇÃO REMOTA *33*

6. RETORNO ÀS AULAS PRESENCIAIS *33*

7. EXPECTATIVA PARA O RETORNO DAS AULAS PRESENCIAIS *34*

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....*35*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *36*

Mickaelly Victtoria Silva Picoli Caetano
Leandro Moreira Barra

A INSEGURANÇA JURÍDICA E O RISCO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA

INTRODUÇÃO *40*

2. DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA *42*

3. DO RISCO BRASIL.....*43*

3.1 Conceito Geral *43*
3.2 Categorias *43*
3.2.1 Risco Político *43*
3.2.2 Risco Mercadológico *44*
3.2.3 Risco Geográfico *45*
3.2.4 EMBI+Br *45*
3.2.5 Credit Default Swap (CDS) do Brasil *45*
3.2.6 Rating *46*
3.3 Dimensão dos Investimentos Estrangeiros *46*
4. A INSEGURANÇA JURÍDICA E O RISCO BRASIL *47*
4.1 Os Investimentos com a Administração Pública *48*
5. A INSEGURANÇA JURÍDICA E O RISCO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA *50*
CONSIDERAÇÕES FINAIS *53*
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *55*

Almeida Reis

A RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DE CULTOS RELIGIOSOS À LUZ DO AGRAVAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19

INTRODUÇÃO *57*
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS VIGENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO *58*
2.1 Do Direito à Vida e à Saúde *60*
2.2 O Princípio da Liberdade Religiosa *62*
2.3 Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana *63*

3. A PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19 .....*65*

3.1 O Direito à Liberdade de Culto Religioso ***versus*** o Direito à Saúde Pública à luz do Princípio da Proporcionalidade *66*

3.2 Do Posicionamento da Suprema Corte em Virtude da Limitação ao Direito de Liberdade de Culto *68*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *71*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *73*

Yago Resende Rocha
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CONSEQUÊNCIA DA PANDEMIA

INTRODUÇÃO *77*

2. DA PANDEMIA DA COVID-19 .....*78*

2.1 Coronavírus conquista o mundo.....*78*

2.2 Do cenário desastroso do Brasil.....*79*

3. DA RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS *80*

3.1 Da economia e os direitos fundamentais.....*84*

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....*87*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *88*

Gilmara Helena da Silva

FEMINICÍDIO EM TEMPOS DE PANDEMIA

INTRODUÇÃO *90*

2. DO FEMINICÍDIO.....*91*

3. DO FEMINICÍDIO À LUZ DA PANDEMIA DO COVID-19 .....*96*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *98*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *99*

Ana Paula de Souza Oliveira
Reinara Notim de Souza
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

O DIREITO DOS IDOSOS E OS DESAFIOS DE SEU EXERCÍCIO NA PANDEMIA DE COVID-19

INTRODUÇÃO *101*

2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DOS IDOSOS *103*

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DOS IDOSOS *105*

4. A CRESCENTE NA VIOLÊNCIA E NEGLIGÊNCIA CONTRA OS IDOSOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 .....*111*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *115*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *116*

Wleidice Ferreira Dornellas
Sarah Rúbia Alves Amorim
Danielle Caroline Campelo Silva

O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO E AS RELAÇÕES JURÍDICAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

INTRODUÇÃO *119*

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL *120*

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CC/02 E O ENTEDIMENTO DO STF *122*

3.1 O COMPANHEIRO NO DIREITO BRASILEIRO *124*

4. ESCRITURA NA UNIÃO ESTÁVEL OU CONTRATO DE CONVIVÊNCIA .*127*

4.1 AS RELAÇÕES JURÍDICAS E O CONTRATO DE CONVIVÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA *129*

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....*132*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *134*

Natália Alves Nascimento

O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA À MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA

INTRODUÇÃO *137*

2. ASPECTOS GERAIS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER *138*

3. A PANDEMIA E O AUMENTO DE CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. *141*

4. MECANISMOS JURÍDICOS-INSTITUCIONAIS ADOTADOS DURANTE A PANDEMIA COVID-19 PARA O ENFRENTAMENTO Á VIOLÊNCIA CONTRA À MULHER *143*

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....*147*

REFERÊNCIAS *148*

Lorenna Dutra Moreira
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

INTRODUÇÃO *151*

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....*152*

2.1 Responsabilidade Civil Afetiva e o Dano Moral Afetivo *152*

3. DA INDENIZAÇÃO MORAL POR INFIDELIDADE.....*153*

3.1 Da Possibilidade de Indenização por Danos Morais *154*

3.2 Breve Análise do PL. 5716/16 .....*157*

4. DAS RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS *158*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *159*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *161*

Davi Ricardo Barbosa Faria Gonçalves
Ma. Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira
Ma. Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

DIREITO SISTÊMICO E A APLICAÇÃO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO MÉTODO ALTERNATIVO NA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

INTRODUÇÃO *163*

2. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO JUDICIÁRIO *164*

3. DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR OU SISTÊMICA *168*

3.1 As Leis Sistêmicas *169*

3.2 A Consciência *170*

4. DO DIREITO SISTÊMICO *171*

4.1 Constelação Familiar e o Direito de Família *173*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *176*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *178*

Yuri Araujo Vilhena
Wilson Sebastião Rodrigues Soares

DIVÓRCIO IMPOSITIVO EXTRAJUDICIAL: AUTONOMIA DA VONTADE E DESBUROCRATIZAÇÃO

INTRODUÇÃO *180*

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL: O CÓDIGO CIVIL E A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 ..... *181*

3. O DIVÓRCIO E SUAS VARIAÇÕES *183*

4. DIVÓRCIO IMPOSITIVO OU UNILATERAL *184*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *188*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *190*

Eduarda da Silva Guimarães
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

BENS DIGITAIS "O LEGADO DIGITAL PÓS MORTE"

INTRODUÇÃO *193*

2. DOS BENS *194*

2.1 Bens digitais *194*

3. DO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO *197*

4. DA HERANÇA DIGITAL *201*

4.1 Sucessão dos bens digitais *202*

4.2 Preservação digital *205*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *207*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *208*

Aline Aparecida Cunha Soares Barbosa

O ISOLAMENTO SOCIAL PROPICIANDO A ALIENAÇÃO PARENTAL: DEBATE ACERCA DA REVOGAÇÃO OU ALTERAÇÃO DA LEI 12.318/2019

INTRODUÇÃO *210*

2. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA *211*

2.1 Evolução histórica *211*

3. ISOLAMENTO SOCIAL NO ÂMBITO FAMILIAR *213*

3.1 Reflexos nas relações familiares *213*

4. ALIENAÇÃO PARENTAL EM TEMPOS DE PANDEMIA *215*

4.1 O advento da Lei 12.318/10 e suas controvérsias *216*

4.2 Solução: revogar ou alterar a Lei 12.318? *221*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *223*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *224*

Régis Andrade Laviola Júnior

DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

INTRODUÇÃO *226*

2. VISÃO HISTÓRICA SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER *227*

3. DO CONTEXTO DAS MULHERES NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO *227*

3.1 DOS AVANÇOS DOS DIREITOS DAS MULHERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ..... *228*

4. DAS LEIS MARIA DA PENHA E FEMINICÍDIO *229*

5. DA LEI DO FEMINICÍDIO *230*

6. ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A

LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA *232*

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....*233*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *233*

Amanda Cardoso Cordibelli
Luiz Henrique Motta de Paula

O AUMENTO DO DESEMPREGO NO BRASIL COMO REFLEXO DA PANDEMIA E SUA INFLUÊNCIA NO TRABALHO INFANTIL

INTRODUÇÃO *237*

2. A PANDEMIA DO COVID-19 ATRELADA AO AUMENTO DO DESEMPREGO E O DIREITO À INFÂNCIA *238*

2.1 Direito fundamental ao trabalho *239*

2.2 Direito fundamental a proteção à infância *241*

3. O TRABALHO INFANTIL FRENTE À PANDEMIA *243*

3.1 Conceito de trabalho infantil.....*243*

3.2 O aumento do trabalho infantil como reflexo da pandemia *245*

3.3 A evasão escolar durante a pandemia e o aumento progressivo do trabalho infantil.....*248*

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....*251*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *252*

Laís Cardoso de Melo

O IMPACTO QUE A PANDEMIA DA COVID-19 TROUXE AOS ALUNOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS

INTRODUÇÃO *256*

2. O QUE É A EDUCAÇÃO INCLUSIVA E QUAIS SÃO OS SEUS PRINCÍPIOS? *257*
3. A Educação Inclusiva de acordo com o Ordenamento Jurídico Brasileiro *259*
4. A PANDEMIA E OS DESAFIOS DOS ALUNOS COM DEFICIÊNCIA PARA ACOMPANHAR AS AULAS REMOTAS *262*
4.1 Pontos gerais. *262*
4.2 Algumas estratégias utilizadas pelas redes de ensino *264*
4.3 Dados estatísticos sobre a aprendizagem durant *265*
e o período pandêmico *265*
CONSIDERAÇÕES FINAIS *266*
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *268*

Ana Beatriz Carbos Costa
Vanessa Silva de Paula
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

CONTRATOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

INTRODUÇÃO *270*
2. DA COVID-19 (NOVO CORONAVÍRUS) *271*
3. DOS CONTRATOS *272*
4. DOS CONTRATOS FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19 ..... *276*
CONSIDERAÇÕES FINAIS *281*
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *282*

Maria Olívia Mattos Calais

A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO FORMA DE DIMINUIÇÃO DO PASSIVO TRIBUTÁRIO EM MEIO A PANDEMIA DA COVID-19

INTRODUÇÃO *285*

2. O CRÉDITO TRIBUTÁRIO.....*286*

2.1 A Possibilidade De Relativização Do Crédito Tributário Judicializado .*287*

3. A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO FORMA DE AUTOCOMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS.....*289*

3.1 A Transação Tributária Em Execuções Fiscais *290*

4. A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA EM MEIO A PANDEMIA DA COVID-19.....*292*

4.1 A Transação Tributária em nível Federal e Estadual *292*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *293*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *295*

Erick Ramos Cassim

A PROTEÇÃO DA GESTANTE NO AMBIENTE INSALUBRE E APLICAÇÃO DO ART. 394-A

INTRODUÇÃO *299*

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO BRASILEIRO.....*300*

3. DOS PRINCÍPIOS VIOLADOS PELA REFORMA TRABALHISTA *302*

3.1 Princípio da Vedação ao Retrocesso Social *302*

3.2 Princípio do amplo acesso à Justiça *302*

3.3 Princípio da Proteção.....*303*

4. DA PROTEÇÃO DA GESTANTE NO DIREITO BRASILEIRO *306*

4.1 A Proteção à Mulher Gestante *306*

5. DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA E INSALUBRIDADE *307*

5.1 Estabilidade da Gestante no Emprego *308*

5.2 Da Insalubridade.....*309*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *310*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *312*

Aline Ferreira Souto
Paulo Roberto Bastos Fontinha

CUIDADOS PALIATIVOS, ORTOTANÁSIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)

INTRODUÇÃO *315*

2. BIOÉTICA E CUIDADOS PALIATIVOS.....*316*

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA DE VONTADE *319*

4. A ORTOTANÁSIA E A MORTE DIGNA.....*321*

5. PONTO DE VISTA LEGAL ACERCA DA ORTOTANÁSIA *323*

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....*325*

REFERENCIAS *326*

Amanda Paradelas Ribeiro Ferreira
Danielle Caroline Campelo Silva

A PANDEMIA DO COVID-19 E SUA REPERCUSSÃO NO PONTO COMERCIAL

INTRODUÇÃO *331*

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA *332*

3. METODOLOGIA *334*

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES *334*

CONCLUSÕES *334*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *335*

Luana Bittencourt Cardoso de Melo

A PANDEMIA DA COVID-19 E O ECA: COMO FICAM OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES?

INTRODUÇÃO *336*

2. A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DO ECA *337*

2.1 Sujeitos de Direito *337*

2.2 Conceito de crianças e adolescentes de acordo com o ECA *338*

2.3 Dos Direitos Fundamentais *339*

3. O IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NO COTIDIANO INFANTIL *340*

3.1 Cenário Pandêmico *340*

3.2 Do Direito à Educação *341*

3.3 Insegurança Alimentar *342*

3.4 A Crise Econômica Familiar e o Trabalho Infantil *344*

3.5 Riscos Dentro de Casa *345*

3.6 A Saúde Mental *346*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *347*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *348*

Sarah Rúbia Alves Amorim
Wilson Sebastião Rodrigues Soares

A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM CASOS COM EFEITOS IRREVERSÍVEIS PARA SALVAGUARDAR UM DIREITO FUNDAMENTAL: BREVE ANÁLISE DE CASOS OCORRIDOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

INTRODUÇÃO *351*
2. A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA *352*
3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA VALORIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....*355*
4. A QUESTÃO DA IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA E SUA CONCESSÃO ANTE A UM DIREITO FUNDAMENTAL NO CENÁRIO DA PANDEMIA DE COVID-19 .....*357*
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....*361*
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *363*

Wérica Maia Torres
Margarida Maria Espósito Dos Santos

TESTAMENTO VITAL E EUTANÁSIA EM MEIO A PANDEMIA DA COVID-19

INTRODUÇÃO *365*
2. O DIREITO À VIDA E A MORTE DIGNA *365*
3. A EUTANÁSIA E O TESTAMENTO VITAL.....*367*
3.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EUTANÁSIA *367*
3.2. O TESTAMENTO VITAL.....*370*
4. ADOÇÃO DO TESTAMENTO VITAL EM MEIO A PANDEMIA DA

COVID-19 ..... *372*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *373*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *374*

Letícia Maria Amaral Quintão

IMPACTOS DO COVID-19 NO ÂMBITO DO SISTEMA JUDICIÁRIO

INTRODUÇÃO *377*

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA *378*

2. METODOLOGIA *378*

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO *379*

CONCLUSÕES *379*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *380*

Bianca Luiza de Oliveira

OS REFLEXOS DA PANDEMIA NO DIREITO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE DA LEI 14.151/21

RESUMO *381*

INTRODUÇÃO *382*

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PANDEMIA DO COVID-19 ..... *384*

3. OS REFLEXOS DA PANDEMIA NO DIREITO DO TRABALHO *388*

3. DO AFASTAMENTO DAS ATIVIDADES PRESENCIAIS ESTABELECIDO PELA LEI 14.151/21 ..... *389*

4.1 A disponibilidade de desempenhar funções à distância e a vedação ao prejuízo salarial *390*

4.2 Diferença entre Teletrabalho e Home Office *391*

CONCLUSÃO 393

REFERÊNCIAS.....394

Paulo Roberto Bastos Fontinha
Aline Ferreira Souto

TELEMEDICINA E O DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA PELA COVID19 E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS

INTRODUÇÃO 396

2. COVID-19.....397

3. DIREITO À SAÚDE.....398

4. UTILIZAÇÃO DA TELEMEDICINA NO ACESSO À SAÚDE 401

5. REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO NO PERÍODO DE PANDEMIA 403

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....405

REFERÊNCIAS.....406

Laís Brexó Franchini
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro
Thuany Oliveira Guizeline Araújo

A PANDEMIA DO COVID-19 À LUZ DA VACINAÇÃO: UM DIREITO OU UMA OBRIGAÇÃO

INTRODUÇÃO 408

2. DO DIREITO COLETIVO À SAÚDE 409

3. DA VACINAÇÃO: UM DIREITO OU OBRIGAÇÃO? 413

4. DA COMPULSORIEDADE DA VACINA E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....416

CONSIDERAÇÕES FINAIS *421*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *422*

Michelle Vieira Sobral

O MERCADO INOVADOR DAS STARTUPS: MODELO DE NEGÓCIO, CAPTAÇÃO DE RECURSOS, REDES DE APOIO E ECOSSISTEMA EMPREENDEDOR

INTRODUÇÃO *424*

2. DO CONCEITO DE STARTUPS E A DIFERENÇA PARA AS.....*426*

EMPRESAS TRADICIONAIS *426*

2.1 Do crescimento das startups no Brasil *428*

2.2 O mercado das startups e a escolha do modelo de negócio ideal *429*

2.3 Principais fontes de investimentos para a fase inicial de um negócio *431*

2.3.1 Seed Capital *431*

2.4 Principais fontes de investimento com capital próprio (boostrapping) ou subsidiado (por terceiros ou pela operação da empresa): *432*

2.4.1 Capital próprio (Bootstrapping) *432*

2.4.2 Familiares e amigos (FFF ou 3 F´s ou Family, Friends and Folls).....*433*

2.4.3 Capital subsidiado *433*

2.4.4 Parcerias estratégicas *434*

2.4.5 Investimento anjo.....*434*

3. DAS INCUBADORAS E ACELERADORAS *435*

3.1 Aceleradoras *435*

3.2. Incubadoras *436*

4. ECOSSISTEMA EMPREENDEDOR *437*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *438*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *440*

Vítor Dênis da Silva
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

A AFERIÇÃO DA PERSONALIDADE EM ÂMBITO JURÍDICO QUANDO DA APLICAÇÃO DA PENA: SEGURANÇA JURÍDICA E O DISCURSO DE UM *STATUS* SUBJETIVO DETERMINISTA DO DESVIO NOS TRIBUNAIS

INTRODUÇÃO *442*

2. DO DIREITO PENAL E O FIM DA PENA *443*

3. DOS PARADIGMAS PENAIS *445*

3.1 DA PERSONALIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E OS PRESSUPOSTOS PARADIGMÁTICOS.....*447*

4. DA APLICAÇÃO JUDICIAL DO CRITÉRIO *453*

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....*461*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *463*

Gabriela Souza da Silva

PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E A GESTÃO URBANÍSTICA NO BRASIL

NEW CORONAVÍRUS PANDEMIC URBAN MANAGEMENT IN BRAZIL. *465*

RESUMO *465*

ABSTRACT *466*

INTRODUÇÃO. *466*

1. IMPACTOS DA PANDEMIA NA POLÍTICA URBANA. *469*

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE CRISES SANITÁRIAS NA GESTÃO

URBANÍSTICA. *470*

3. AS CIDADES E SUA FUNÇÃO DEMOCRÁTICA. *472*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *475*

REFERÊNCIAS *476*

Ana Luiza Demarque Dias
Arthur Bastos Rodrigues
Sarah Rubia Alves Amorim
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

PANDEMIA DA COVID-19: REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR QUANDO DA CONTAMINAÇÃO DE SEU EMPREGADO

INTRODUÇÃO *479*

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO *481*

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELA CONTAMINAÇÃO DO EMPREGADO *483*

CONSIDERAÇÕES FINAIS *490*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *491*

Lucas Milani Silva
Thaysa Navarro Aquino

OS PRINCÍPIOS GERAIS DOS CONTRATOS E A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

INTRODUÇÃO *494*

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA *494*

3. METODOLOGIA *497*

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES *497*

CONCLUSÕES.....*497*

REFERÊNCIAS.....*498*

Victoria Ambrósio Castro
Isabella Mussolini Souza
Angélica Elizeu Dutra

PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE APLICADO NO DIREITO PENAL CONSTITUCIONALIZADO E SUAS TRANSFORMAÇÕES AO LONGO DA HISTÓRIA HUMANA

INTRODUÇÃO *499*

2. FUNDAMENTOS DA CULPABILIDADE *502*

3. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE *504*

3.1 Imputabilidade.....*504*

3.2 Exigibilidade de Conduta Diversa *505*

3.3 Potencial Consciência da Ilicitude *506*

4. FUNÇÕES DA CULPABILIDADE.....*506*

5. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE *507*

5.1 Da imputabilidade.....*507*

5.2 Da Potencial Consciência da Ilicitude *508*

5.3. Da Exigibilidade da Conduta Diversa *508*

6. A RESPONSABILIDADE PENAL FRENTE À PANDEMIA E O DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS EMERGENCIAIS.....*509*

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....*511*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *512*

Lorena Pedrosa Corrêa
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO DOS ALIMENTOS PAGOS QUANDO DÁ NÃO CONFIRMAÇÃO DE PATERNIDADE

INTRODUÇÃO *514*
2. DA NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DE DIREITOS AO NASCITURO *515*
3. DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE *517*
4. DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS *519*
5. DO VALOR DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA.....*520*
6. POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO AO SUPOSTO PAI EM CASO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE *522*
CONSIDERAÇÕES FINAIS *523*
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *524*

SAMUEL Albuquerque de Sá.

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE DESAPROPRIAÇÃO DE PATENTES E MARCAS COMO FORMA DE COMBATE A PANDEMIA

INTRODUÇÃO *527*
2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA *528*
3. RESULTADOS E DISCUSSÃO.....*529*
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....*530*
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA *531*

Sarah Rúbia Alves Amorim
Wleidice Ferreira Dornellas
Danielle Caroline Campelo Silva

DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO E A PANDEMIA DO COVID-19: UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DOS BENS DIGITAIS

INTRODUÇÃO *532*
2. CONCEPÇÃO DOS BENS DIGITAIS – BENS DIGITAIS DE VALOR ECONÔMICO E SEM VALOR ECONÔMICO *533*
3. A TRANSMISSÃO SUCESSÓRIA DOS BENS DIGITAIS E A POSSIBILIDADE DE TESTAR.....*535*
4. A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DOS BENS DIGITAIS NO DIREITO SUCESSÓRIO E AGRAVAMENTO DA PROBLEMÁTICA ANTE A PANDEMIA MUNDIAL *538*
5. O COMPORTAMENTO DAS REDES SOCIAIS DIANTE DA MORTE DO USUÁRIO.....*541*
CONSIDERAÇÕES FINAIS *544*
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *545*

Francisco Alves da Cunha Horta Filho

AS SEQUELAS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO DIREITO A AMPLA DEFESA

INTRODUÇÃO *549*
2. O DIREITO FUNDAMENTAL A AMPLA DEFESA NO PROCESSO PENAL*550*
3. OS OBSTÁCULOS NA ELABORAÇÃO DA DEFESA E O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE ACUSADO E DEFENSOR.....*553*

4. OS REFLEXOS NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: DA SUSPENSÃO AO ATO REMOTO.....*557*
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....*563*
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS *564*

Taynara Aparecida Ciconelli Miranda Dutra
Thaysa Navarro Aquino

FEMINICÍDIO: O ÓDIO EM RAZÃO DO GÊNERO

INTRODUÇÃO *566*
2. OBJETIVOS *566*
3. METODOLOGIA *566*
4. RESULTADO E DISCUSSÃO.....*567*
CONCLUSÕES.....*568*
REFERÊNCIAS:.....*570*

DIREITO A SAÚDE EM DIVERGENCIA COM O DIREITO À EDUCAÇÃO: COMO ESTAMOS LIDANDO

ROCHA, Vanessa Santos[1]
SILVA, Yasmin Cristina de Lima [2]
AQUINO, Profa. Thaysa[3]

INTRODUÇÃO

A educação é um direito constitucional e fundamental (art. 205 da CF/88), assim como a saúde (art.196 da CF/88), e no momento de pandemia no qual estamos vivendo, tais direitos se encontram em conflito, afim de que sejam garantidos, o Estado estabeleceu meios para assegurar a qualidade de ambos, de tal forma que se cumpra as orientações da OMS (Organização Mundial da Saúde). A fim de que os discentes não fiquem prejudicados o Conselho Nacional de Educação (CNE), o Ministério da Educação (MEC) e outros órgão e secretárias criaram diretrizes e orientações com o intuito de auxiliar no aprendizado, empenhando-se para adequar-se às mais variadas condições da vida do brasileiro.

O estudo apresentado tem como intuito apresentar dados e esclarecer o que ocorre com a educação brasileira neste momento tão delicado, como ela está sendo tratada, quais meios estão sendo utilizados para a transmissão do conhecimento e a comparação do desenvolvimento dos discentes com a aula presencial e virtual.

1 Graduanda em Direito pela Faminas. E-mail: vanessasantosrocha2013@gmail.com

2 Graduanda em Direito pela Faminas. E-mail:yasmincdls@gmail.com

3 Professora do Centro Universitário Faminas-Muriaé. Mestra em Direito Processual pela UCP. Pós-Graduada em Direito Processual pela UFRRJ. Advogada. E-mail: thaysaaquino@hotmail.com

2. IMPORTANCIA DA EDUCAÇÃO NA SOCIEDADE

A educação é de imensa importância para o mundo, para o país e a sociedade, na medida em que é através dela que os cidadãos são moldados, além dos costumes locais e a língua falada, por intermédio da escolarização aprendem a escreves, ler, a aperfeiçoar a coordenação motora e outras inúmeras atividades, elementos que ajudam na formação da humanidade para viver em sociedade e aprender a desenvolver produtos e ajudar no crescimento do país. Países que mais investem na educação e estimulam aprendizados, tende a ter uma elevada economia e um índice de criminalidade inferior, já que o ensino de qualidade é a base para a formação de pessoas com senso crítico e acima de tudo, cidadãos éticos que respeitem a leis, vivam em harmonia, respeitando a civilização.

Devemos entender que a evolução começa dentro da sala de aula, tendo como consequência a diminuição da violência, é a escapatória para uma criança que não tem perspectiva de futuro, onde se desenvolve responsabilidade e disciplina, além de hábitos básicos como alimentação, incentivo a prática esportiva e promoção de saúde, principalmente quando não encontram em casa. Infelizmente nosso país ainda tem muito a aprender, como manifestado pela Vereadora de Porto Alegre, "Não tenho nenhuma dúvida que a área da Educação deva ser a maior preocupação de um governo. Sem educação a população não evolui, o país não se desenvolve, a pobreza desponta e a criminalidade avança. Para se obter uma realidade oposta a isso, é preciso que os professores, peças-chave do processo, sejam prestigiados, valorizados, com salários condizentes a sua importância. É preciso que as escolas tenham boa estrutura física, sejam equipadas, conservadas, o que infelizmente não ocorre neste país chamado Brasil. Temos em grande parte, escolas públicas sucateadas, poucas verbas, falta de professores e salários defasados e parcelados. "(LEAL, 2018, p. 1)

Para ter educação e ensino de qualidade é necessário o professor, figura essa de grandiosa importância na vida de todos, pois ele forma

todas as profissões, seja ela qual for. O professor é o mestre que transmite, e ensina os conhecimentos tanto de sua experiência de vida quanto o conhecimento técnico que ele ministra.

Deste modo é indispensável que o professor seja respeitado e que tenha uma ótima remuneração devido ao valor de seu cargo, por exercer uma profissão tão gratificante afim de formar cidadãos que sejam exemplos e que apliquem os conhecimentos passados para outros e o empregue na sociedade, visto que um livro, uma caneta, uma criança e um professor podem mudar o mundo (Malala Yousafzai, 2013)

3. DIFERENÇA ENTRE AULA ONLINE E PRESENCIAL

Desse modo, é inestimável a compreensão da diferença entre aula online e presencial, além da explicita distinção entre assistir uma aula em uma sala cheia de pessoas e um professor se comunicando sem interferências e observá-lo em uma tela, tendo um contato restrito, tanto com ele quanto aos seus colegas de aprendizado.

Há de se compreender que em ambas são trabalhadas competências diferentes, na aula online é aprimorada a capacidade de planejar, já que essa modalidade de ensino possui muita flexibilidade por não ser necessário o deslocamento a um ambiente físico, coagindo o aluno a gerenciar seu tempo a cumprir e administrar sua vida acadêmica, com a possibilidade de estudar quando e onde quiser; da mesma forma é trabalhado o conhecimento tecnológico, visto que são utilizadas diversas plataformas multimídias e softwares variados para o melhor desenvolvimento e aprendizado do discente, as interações são virtuais através de chats, fóruns, grupos, comunidades ocasionando a falta de interação direta com as pessoas. Se faz necessário para essa modalidade de ensino muita autonomia e proatividade além de motivação para alcançar seu objetivo.

No ensino presencial as competências desenvolvidas estão relacionadas à convivência social, em razão do relacionamento com diversos grupos sociais e personalidades únicas; será trabalhado o foco,

pois a atenção deve estar voltada à aula afim de absorver com êxito a matéria e ao professor (tendo que seguir o ritmo do mesmo), podendo sanar suas dúvidas e haver feedback instantâneo, será trabalhado empatia, principalmente em trabalhos em grupo e apresentações, capacidade emocional essencial no crescimento do ser humano, e o gerenciamento do tempo restante.

A escolha entre as modalidades de ensino era de acordo com a disponibilidade e afinidade do educando, porém a pandemia do COVID–19 fez com que houvesse a suspensão por tempo indeterminado das aulas presenciais, tornando as aulas remotas comuns.

4. QUALIDADE DAS AULAS REMOTAS DURANTE A PANDEMIA DA COVID–19

Com o isolamento social e as escolas fechadas, o Conselho Nacional de Educação (CNE), em parceria com o Ministério da Educação (MEC) e várias de suas secretarias e órgãos criaram diretrizes específicas para escolas que fizeram considerar vídeo aulas, atividades e conteúdos interativos em Ambiente Virtual de Aprendizagem, programas de televisão ou rádio que disponibilizem conteúdos escolares, além de materiais didáticos impressos fornecidos aos responsáveis para repassar aos alunos. As diretrizes em geral, buscam a aproximação dos familiares, delimitando o papel dos adultos para que possam orientá-los da melhor forma possível.

De acordo com uma pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Educação a Distância (Abed) entre agosto e setembro de 2020, aponta o descontentamento dos discentes com a qualidade do ensino oferecido de forma remota, entre os principais se destaca a dificuldade em estabelecer e organizar a rotina e o excesso de materiais num curto período de tempo, no entanto, o a maior adversidade encontrada pelos alunos brasileiros é a péssima qualidade da internet.

Como a maioria dos alunos são estudantes de escolas públicas e o acesso majoritário é pelo smartphone, há de se considerar que poucos possuem acesso à internet de boa qualidade, fator essencial ao “novo

normal" da educação, concluindo que se faz necessário a criação de políticas públicas a fim de, com urgência, haver o reconhecimento do direito de cada indivíduo com equidade.

5. DESIGUALDADE NO ACESSO A EDUCAÇÃO REMOTA

Uma pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) aponta que "cerca de seis milhões de estudantes, desde a pré-escola até a pós-graduação, não têm acesso à internet banda larga ou 3G/4G em casa" (ARAUJO, 2020, online), e consequentemente não tem acesso as aulas remotas, sendo através delas o meio de contato mais próximo que temos com o professor. Devemos destacar que alguns desses alunos conseguem acessar a rede por outros locais, como escolas, vizinhos e outros espaços, o que ocorrer com uma frequência ainda menor por crianças e adolescentes que moram em zonas rurais. Ademais, o supracitado não garante a qualidade dos que tenham acesso à internet.

Infelizmente nosso país não estava preparado para que a tecnologia assumisse as aulas presenciais, e como é frisado pelo senador Flávio Arns (Rede-PR), vice-presidente da Comissão de Educação (CE) "A pandemia tem mostrado a face da desigualdade no Brasil e esse dado mostra que no acesso à educação isso não tem sido diferente. Nossa responsabilidade deve ser garantir que todos tenham as mesmas oportunidades. Só assim poderemos avançar como país" (CHAGAS, 2021, online).

6. RETORNO ÀS AULAS PRESENCIAIS

De acordo com a casa civil o MEC liberou recursos que somam aproximadamente um total de R$ 615 milhões (BRASIL, 2021, online) disponibilizados para escolas públicas com o propósito de adquirir e contatar serviços, insumos e equipamentos essenciais, afim de que haja o retorno presencial seguro, dentro dos protocolos de segurança apresentado.

Com a proposta de otimizar os espaços escolares afim de garantir ambientes saudáveis e seguros, também houve a elaboração de um documento para a orientações aos gestores e profissionais da educação, com ações e medidas que devem ser tomadas para haver a reabertura das escolas, pensando na saúde dos educadores, educandos e profissionais, quanto a doenças crônicas e crianças e alunos com necessidades especiais.

Afim de proteger e compreender os limites de cada família o retorno inicialmente será facultativo. Mas para a tranquilidade das mesmas a Unicef (Fundo das Nações Unidas para a Infância) com base nas orientações da OMS (Organização Mundial de Saúde) divulgou um documento em que será embasado o tão esperado retorno, nele se encontra recomendações afim de evitar aglomerações (diminuindo o tamanho das turmas, impedindo algumas atividades que causam agrupamento de alunos, escalas de entrada e saída), treinamento para funcionários, com orientações claras para caso alguém apresente sintomas e treinos específicos para as equipes de limpeza. Além do Plano Estratégico de Retomada das Atividades Educacionais do Segmento Educacional Privado Brasileiro criado pela FENEP (Federação Nacional das Escolas Particulares), que contempla de protocolos no âmbito da saúde, orientações pedagógicas e jurídicas, tudo para garantir o direito a educação e a saúde.

7. EXPECTATIVA PARA O RETORNO DAS AULAS PRESENCIAIS

Desde o dia 17 de janeiro de 2021 o Brasil vem vacinando a população e a cada dia que passa a situação tem apresentado melhora, chegando a 14,44% da população imunizada (duas doses ou a dose única). Com isso surgem as perguntas: Quando voltam as aulas? Muitas escolas particulares já voltaram as suas atividades seguindo aos protocolos de saúde, para o bem-estar de todos os envolvidos, cada dia que a vacinação avança, se faz mais próximo o retorno para todos, os professores já foram vacinados, em grande parte do Brasil, com isso reforça ainda mais a possibilidade das aulas presenciais voltarem.

No presente momento muitos defendem o retorno das aulas presenciais como o ministro da educação, Milton Ribeiro, "O Brasil é, infelizmente, um dos últimos países do mundo a reabrir as escolas. E não há que se dizer que o assunto foi a vacinação. Acabo de chegar da Itália e lá os países estão todos retornando, alguns com porcentagem de vacinação inferior ao Brasil". Evidentemente será feita com cautela, seguindo os protocolos necessários, para que tenhamos êxito e não seja preciso sofrer uma nova regressão, pois, temos que aprender a seguir o "novo normal", preservando esse pensamento as escolas precisam voltar de forma presencial, tendo em vista que é um meio crucial para o futuro de todos, que tem causado um impacto negativo enorme na vida dos estudantes em situação de carência, principalmente das escolas públicas, onde muitos alunos sofrem com a falta de internet e outros meios de acesso a educação.

Há de se analisar que as faculdades não retornaram, ambiente em que estão matriculados adultos que sabem se policiar, já crianças que ainda possuem dificuldades para obedecer ao distanciamento social, estão com aulas presenciais, em algumas cidades do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos observar que o governo está trabalhando para ponderar nossos direitos, cabendo a população compreender a situação e seguir as orientações de saúde dispostas pelas autoridades supracitada, para que possamos aprender com esta crise educacional, agregando novos meios de transferir conhecimento às aulas presenciais, buscando formas de compenetrar os ensinamentos transmitidos pelo professor.

A crise existente em nosso país, possibilitou-se observar com clareza as limitações sociais que vivemos, em diversas áreas, não apenas a saúde e a educação, cabe ao Estado tomar providencias quanto a elas para que possamos nos tornar uma sociedade com mais equidade, onde todos possuem acesso às garantias constitucionais de acordo com suas necessidades pessoais, pois como afirma Edmund Burke "A lei tem dois e apenas dois fundamentos: a equidade e a

utilidade" e ela deve amparar desde o cidadão mais paupérrimo ao mais opulento.

Com todas as adversidades o Brasil passa por um processo de adaptação, para que diante dessa dificuldade, possa haver uma valorização da ciência, pois com ela são desenvolvidos meios para sanar tais deficiências da atualidade e auxiliar no futuro. Ademais os obstáculos nos tornarão mais qualificados, trazendo oportunidades ímpares de superação e evolução, e os aprendizados adquiridos nestes anos árduos serão essenciais para o desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Ana Lídia. **Cerca de seis milhões de alunos brasileiros não têm acesso à internet**.

Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/educacao-basica/2020/09/4873174-cerca-de-seis-milhoes-de-alunos-brasileiros-nao-tem-acesso-a-internet.html Acesso em: 22/06/2021

BRASIL. **Governo Federal garante recurso para volta às aulas presenciais:** Ministério da Saúde publicou medidas sanitárias direcionadas para todas as escolas da rede básica de ensino.

Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/ptbr/assuntos/noticias/2020/setembro/governo-federal-garante-recurso-para-volta-as-aulas-presenciais Acesso em: 23/06/2021

BRASIL. **MEC libera R$ 90 milhões para apoiar o retorno presencial seguro às aulas nas escolas:** O valor se soma aos R$ 525 milhões de repasses, em outubro. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/outubro/mec-libera-r-90-milhoes-para-apoiar-o-retorno-presencial-seguro-as-aulas-nas-escolas Acesso em: 23/06/2021

CHARGAS, Elisa. **DataSenado: quase 20 milhões de alunos deixaram de ter aulas durante pandemia**.

Disponívelem:https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/08/12/datasenado-quase-20-milhoes-de-alunos-deixaram-de-ter-aulas-durante-pandemia Acesso em: 23/06/2021

ENIAC, Centro Universitário de Excelência. **A importância da educação na construção de um Brasil melhor.** Disponível em: http://blog.eniac.com.br/a-importancia-da-educacao-na-construcao-de-um-brasil-melhor/ Acesso em: 18/06/2021

Equipe Elos. **10 diferenças entre a Educação Presencial e a Educação EAD**. Disponível em: https://blog.elos.vc/10-diferencas-entre-a-educacao-presencial-e-a-educacao-ead/ Acesso em: 21/06/2021

Escolas Exponenciais. **Segurança sanitária: como se preparar para o retorno das aulas presenciais?**. Disponível em: https://escolasexponenciais.com.br/desafios-contemporaneos/seguranca-sanitaria-como-se-preparar-para-o-retorno-das-aulas-presenciais/ Acesso em: 23/06/2021.

FERREIRA, Ana Paula. **Como está a qualidade de ensino durante a pandemia?**. Disponível em: https://sae.digital/como-esta-a-qualidade-de-ensino-durante-a-pandemia/ Acesso em: 22/06/2021.

FIÚZA, Patrícia**. Justiça libera aulas presenciais nas escolas estaduais de Minas Gerais**. Disponível em: https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2021/06/10/justica-libera-aulas-presenciais-nas-escolas-estaduais-de-minas-gerais.ghtml Acesso em: 23/06/2021.

FUZEIRA, Victor. **Qualidade do ensino remoto é reprovada por 72,6% dos alunos, diz pesquisa**. Disponível em: https://www.metropoles.com/brasil/educacao-br/qualidade-do-ensino-remoto-e-reprovada-por-726-dos-alunos-diz-pesquisa Acesso em: 22/06/2021.

G1. **Vacinação no Brasil: 14,44% da população tomou as doses necessárias de vacinas contra a Covid e está imunizada**. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/vacina/noticia/2021/07/11/vacinacao-no-brasil-1444percent-da-populacao-tomou-as-doses-necessarias-de-vacinas-contra-a-covid-e-esta-imunizada.ghtml Acesso em: 12/07/2021.

JUS.COM.BR. **A importância da educação na construção de uma sociedade mais justa.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/69263/a-importancia-da-educacao-na-construcao-de-uma-sociedade-mais-justa Acesso em: 15/06/2021.

LEAL, Mônica. **Mais educação, menos violência**. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2018/03/opiniao/618936-mais-educacao-menos-violencia.html Acesso em: 24/06/2021.

Melo, Karine. **Pais acreditam que qualidade de ensino caiu na pandemia, diz pesquisa.** Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-08/pais-acreditam-que-qualidade-do-ensino-caiu-na-pandemia-diz-pesquisa Acesso em: 21/06/2021.

Ministério da Educação. **Conselho Nacional de Educação esclarece principais dúvidas sobre o ensino no país durante pandemia do coronavírus**. Disponível em: https://www.gov.br/mec/pt-br/assuntos/noticias/copy_of_conselho-nacional-de-educacao-esclarece-principais-duvidas-sobre-o-ensino-no-pais-durante-pandemia-do-coronavirus Acesso em: 22/06/2021.

OLIVEIRA, Caroline. **Com aulas remotas, pandemia escancara desigualdade no acesso à educação de qualidade:**"É importante que a sociedade faça uma aposta no sentido da inclusão das pessoas", defende presidente da Andifes. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2020/06/04/com-aulas-remotas-pandemia-escancara-desigualdade-no-acesso-a-educacao-de-qualidade Acesso em: 23/06/2021.

OLIVEIRA, Elida. **Ministro da Educação defende volta às aulas presenciais em audiência no Senado e afirma não saber quantas escolas reabriram no país**. Disponível em: https://g1.globo.com/educacao/volta-as-aulas/noticia/2021/07/01/ministro-da-educacao-defende-volta-as-aulas-presenciais-em-audiencia-no-senado-e-afirma-nao-saber-quantas-escolas-reabriram-no-pais.ghtml Acesso em: 12/07/2021.

PIMENTEL, Andressa. **Aula online x aula presencial: qual a melhor opção?**. Disponível em: https://escoladainteligencia.com.br/blog/aula-online-x-aula-presencial/ Acesso em: 20/06/2021.

TOKARNIA, Mariana. **Brasil tem 4,8 milhões de crianças e adolescentes sem internet em casa.** Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-05/brasil-tem-48-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-sem-internet-em-casa Acesso em: 23/06/2021.

A INSEGURANÇA JURÍDICA E O RISCO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Mickaelly Victtoria Silva Picoli Caetano[4]
Leandro Moreira Barra[5]

INTRODUÇÃO

Se engana o estudioso que pensa que o Direito e a Economia não estão ligados. Ambas as realidades devem se agrupar em todos os momentos a fim de que haja o maior desenvolvimento do país.

A Segurança Jurídica é o maior dos pilares para o estabelecimento e desenvolvimento de empresas, bem como a atração de investidores nacionais e estrangeiros para o território nacional. Nessa vantagem, as empresas gerarão emprego, renda, além de pagarem tributos à União, influenciando no desenvolvimento social, econômico, cultural e político da sociedade brasileira.

Em contrapartida, o Brasil se encontra em cheque em relação à vigência desse princípio primordial para a confiança no mercado financeiro brasileiro, uma vez que as decisões judiciais estão cada vez mais flexíveis e divergentes das leis vigentes, da jurisprudência e da doutrina.

Com o distanciamento das decisões judiciais em relação ao comando da lei e à jurisprudência dominante, a Insegurança Jurídica

4 Estudante de Direito do Centro Universitário Unifaminas Muriaé. Técnica em Informática pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais Campus Muriaé. Áreas de interesse se convergem ao Direito Penal e o Direito Tributário, bem como a paixão pela Economia.

5 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora - MG (2000). Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho - RJ (2008). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - MG (FDSM). Ex- Procurador Municipal de Meio Ambiente em Angra dos Reis - RJ. Ex-Advogado Regional do Estado de Minas Gerais em Varginha e em Juiz de Fora - Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais. Procurador Chefe da 1ª Procuradoria de Dívida Ativa da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais. Experiência nas áreas de Direito Tributário e Ambiental, com ênfase em Direito Público.

vem tomando forma no Poder Judiciário Brasileiro, fazendo com que o Risco Brasil seja afetado diretamente pelo Risco Judiciário Brasil.

A grande instabilidade e a falta de previsibilidade das decisões judiciais tomadas atualmente fazem com que investidores parem de empreender no país ou até mesmo nem cogitarem o investimento em nossa economia, dado que os riscos empresariais se encontram presentes e acabam sendo basilares para incertezas e riscos ordinários e extraordinários tomados pelos empresários.

Ademais, o bem-estar social e o desenvolvimento econômico do país se tornam inalcançáveis de maneira íntegra e legítima, podendo, sim, ser uma das causas para a ausência do desenvolvimento brasileiro, permanecendo sempre em sua posição de emergente.

Outrossim, o progresso dos investimentos empresariais, totalmente embasados no planejamento denominado business plan, atinge de forma plena o estudo da Segurança Jurídica e dos fatores de risco que o Poder Judiciário possa influenciar na economia como as categorias determinantes para a formação do Risco Brasil e como cenário pandêmico pode afetar de fato os determinantes retromencionados.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é demonstrar como a Insegurança Jurídica provocada pelas decisões judiciais brasileiras que fogem à jurisprudência dominante, à doutrina e ao ordenamento jurídico vigente durante a Pandemia do Covid-19 podem influenciar negativamente o país no índice referente ao Risco Brasil, ensejando cenários econômicos de baixa prosperidade no Produto Interno Bruto (PIB).

Para isso, a pesquisa irá analisar os requisitos da previsão do Princípio da Segurança Jurídica no ordenamento brasileiro; os riscos políticos, mercadológicos e geográficos, bem como as categorias financeiras EMBI+Br, Credit Default Swap (CDS) do Brasil e Rating que influenciam o cálculo do Risco Brasil; a dimensão que os investimentos financeiros podem provocar na economia brasileira de forma negativa e positiva a depender, principalmente, da relação contratual com

a Administração Pública Brasileira, inclusive, em sua atuação no investimento no setor da saúde durante a Pandemia.

2. DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O Princípio da Segurança Jurídica tem por base a proteção da confiança, sendo também chamado de Princípio da Confiança Legítima. Este princípio é geralmente considerado um subprincípio, uma vez que é citado de forma "indireta" pelo art. 103-A da Constituição Federal de 1988, entretanto, não será tratado desse modo neste artigo, mas sim como o principal princípio que rege o ordenamento jurídico brasileiro.

Não há de se negar a evolução da sociedade e com ela a consequente evolução do Direito, não obstante este princípio é basilar nessas situações em nível legislativo, jurisprudencial e social.

Outrossim, a edição de Súmulas, em especial, as Súmulas Vinculantes, se tornam de maneira mais explícita arquétipo desse princípio em funcionamento, uma vez que finda as controvérsias e contraditórios entre os Órgãos Judiciários e a Administração Pública em seus atos corriqueiros.

De forma expressa, a Lei nº 9.784/1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública traz em seu art. 2º, caput, a previsão da Segurança Jurídica no ordenamento. Não obstante, mesmo que esse princípio seja indiretamente expressado na Carta Magna e diretamente em uma Lei Federal, mesmo sem a existência expressa, seria de se considerar sua forma tácita de existência, uma vez que a própria configuração do sistema jurídico brasileiro em Civil Law, se baseia nesse princípio.

A Segurança Jurídica é temporal; referente ao passado se tem a garantia de que não será objeto de qualquer proposta legislativa que pretenda abolir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ao presente, gera-se a garantia da eficácia normativa da legislação com efeito erga omnes. Para o futuro, tem-se a garantia da irretroatividade e da anterioridade da lei. Aborda-se, pois, a assertiva do

Ministro (aposentado) do STJ, José Augusto Delgado, que ressalta que a segurança jurídica representa, em última instância, a confiabilidade no sistema legal aplicado, na inexistência de julgamentos parciais e na não alteração injustificada da jurisprudência dominante (DELGADO, 2007).

3. DO RISCO BRASIL

3.1 CONCEITO GERAL

O Risco Brasil, no qual é mais conhecido e utilizado em sua expressão geral "risco-país", é o que orienta os investidores a empreenderem e negociarem no país. Em termos gerais, ele indica as alterações nos contextos econômicos que podem influenciar de forma negativa nos ativos e seus valores de empresas estrangeiras no Brasil. Com isso, é reconhecido como fator determinante para entrada ou não de capital estrangeiro no país.

3.2 CATEGORIAS

Os grandes investidores mundiais analisam vários aspectos para investir ou não nos países ao redor do mundo. Isso demonstra que eles têm um planejamento financeiro no qual não irão abrir mão, com o intuito de não perderem valores de ativos em investimentos fracassados.

Nesse ínterim, segue-se aos conceitos que perpassam o Risco Brasil e como eles são abordados:

3.2.1 RISCO POLÍTICO

Nesse fator, refere-se às possibilidades adversas em que o Governo Federal, precisamente, faz ao tomar suas medidas. Ao fazer alterações em regulamentação e tributos, o Governo está decidindo o investimento ou não de algum empreendedor no território nacional,

uma vez que investidores não irão entrar em um mercado financeiro no qual não haja estabilidade de decisões diretas.

Inclusive, nesse fator também há o estudo de golpes de Estado, terrorismos e nacionalização de ativos. Por mais que estes não sejam o caso de forma direta em relação ao Brasil, o critério do tráfico de drogas se encontra presente.

O tráfico de drogas em determinadas regiões brasileiras faz com que haja fuga de capital ou até mesmo a desistência de investimentos no mercado financeiro brasileiro. Por mais que alguns empreendedores se satisfaçam com a transferência de suas empresas para cidades do interior dos estados brasileiros, há o gasto com a locomoção de produtos para as outras regiões e, sendo o quinto maior país em extensão do mundo, o Brasil não seria de certa forma um investimento certeiro para estes investidores que gostariam de se localizar em grandes centros como Rio de Janeiro e São Paulo.

3.2.2 RISCO MERCADOLÓGICO

Esse requisito, por sua vez, trata do impacto de valores e preços por fatores de mercado. A oscilação da taxa de juros e da moeda brasileira pode influenciar nos investimentos, já que a desvalorização do Real se encontra cada vez mais persistente nos anos 2020 e 2021 – em tempos pandêmicos.

Ou seja, a desvalorização constante do Real em relação ao Dólar faz com que haja a fuga de capital para países estrangeiros nos quais tem sua economia mais consolidada e sua moeda mais sólida. Países nos quais tiveram sua imunização em massa de forma mais rápida são atrativos para investimentos, caso este de Estados Unidos da América e Inglaterra, que são referências no investimento em vacinas durante a pandemia.

3.2.3 RISCO GEOGRÁFICO

Não obstante, nesse requisito, há a abrangência de características geopolíticas, climáticas e geológicas nas quais podem prejudicar os investimentos financeiros no território.

Avalia-se a característica qualitativa de tal categoria, uma vez que desastres naturais, tensões e conflitos diplomáticos são imprevisíveis e fazem parte da seara da dificuldade quantitativa, uma vez que requer ações da natureza e das relações entre países de forma econômica e política.

3.2.4 EMBI+BR

Este fator que faz parte da análise quantitativa do risco-país é muitas vezes confundido como tal, uma vez que chega a ser a análise mais econômica e, de certa forma, matemática, do risco-país, já que tem como norteador a análise de títulos da dívida pública brasileira e, a partir desse estudo, compara-se o rendimento brasileiro com a rentabilidade americana.

Em resumo, portanto, esse medidor indica a possibilidade de o Brasil arcar ou não com suas dívidas e demais compromissos financeiros que se comprometeu em âmbito mundial.

3.2.5 CREDIT DEFAULT SWAP (CDS) DO BRASIL

Primeiramente, ressalta-se a bilateralidade do CDS, uma vez que o vendedor do título de crédito dá um prêmio ao comprador de seu ativo, com o intuito de preservar o investidor pelo alto risco do ativo, assegurando ao mesmo, o dinheiro que poderá ou não perder nesse investimento.

No entanto, ressalta-se que quanto mais alto esse indicador, mais instabilidade econômica representa o país e, por conseguinte, quanto mais baixo o índice, mais estabilidade econômica e menores riscos de investimentos.

3.2.6 RATING

Tal termo é referido aos países em investimento e é determinante para a confiabilidade de investimentos nos mesmos. Não obstante, são usados critérios em associação como o cenário político, déficit fiscal, câmbio, risco de mercado relacionado aos juros.

Em escala dosimétrica, quanto maior o rating, mais positivo está o índice do país, e menor o risco de mercado que se possa ter investindo em tal conjuntura.

3.3 DIMENSÃO DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Em um cenário positivo, ou seja, com todos os fatores anteriormente citados em caráter satisfatório, os investidores são atraídos, uma vez que esse cenário é mais propício para ganho, fazendo com que haja uma maior circulação de dólares no mercado financeiro brasileiro, fazendo com que a taxa de câmbio diminuía e haja mais negociações na bolsa de valores.

Assim, há a geração de empregos, a diminuição do valor de dívidas de empresas – já que muitas possuem dívidas em dólares –, além de os produtos transportados em via predominantemente rodoviária, em geral, ficarem mais baratos; ou seja, uma vez que ocorre a baixa do valor do barril de petróleo – que é medido em relação ao dólar –, o combustível fica mais barato, provocando a diminuição de preço de vários produtos do cotidiano brasileiro, posto que o transporte corresponde de 30% a 40% do valor final desses produtos.

Em contrapartida, um cenário negativo não é próspero. Quanto maior o índice do risco-país, há uma maior probabilidade de insolvência da dívida pública do mesmo e menor confiança no mercado financeiro global, atraindo menos investidores, fazendo com que a quantidade de dólares no mercado financeiro interno diminuía e provoque uma inflação, uma vez que a taxa cambial estará a desfavor do Brasil.

Logo, o business plan do investidor não terá incluso um país que está com sua economia instável e com poucas chances de lucratividade.

4. A INSEGURANÇA JURÍDICA E O RISCO BRASIL

A imprevisibilidade das decisões judiciais, adicionadas à inexistência de critérios técnico-hermenêuticos na fundamentação dos julgados, ao distanciamento entre as conclusões sentenciais e o comando da lei e da jurisprudência dominante vem se concretizando no termo da Insegurança Jurídica, ensejando em Risco Judiciário Brasil – espécie do "Risco Brasil".

Percebe-se, com isso, que o empreendedor terá em mãos a dosimetria do risco jurídico do empreendimento incluída em seu business plan. Precisamente, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, alega que, diante da imprevisibilidade atual, ínsita a negócios de maior ou menor risco, a segurança das regras do jogo é garantia fundamental para aqueles que investem seu capital em diversos empreendimentos (MENDES, 2011).

De modo diverso, há a afirmativa de que no Brasil o treinamento dos magistrados se baseia no foco da individualidade dos casos. Com esse fundamento como alicerce, os Juízes de Direito não têm a visão de como suas decisões são repercutidas na ordem econômica e no mercado financeiro brasileiro.

De acordo com o filósofo e articulista dos jornais O Estado de S. Paulo, O Globo, Diário do Comércio e Zero Hora, além de cofundador do Instituto Millenium, Dennis Lerrer Rosenfield, grande defensor das liberdades individuais e da propriedade privada: "As consequências (e os efeitos político-jurídicos) de uma Decisão Judicial devem ser sempre considerados e, portanto, fazer parte da sua construção e sua elaboração". (DENNIS LERRER ROSENFIED; Esculhambação Institucional, O Globo. 12/12/2016).

Contrariamente, os juízes brasileiros não vêm executando atos que estão de acordo com a ordem jurídica vigorante, dado que o

dever jurídico se fundamenta na normatividade jurídica vigente que o institui e que foi prescrita pela ordem social.

Consequentemente, a ausência de previsibilidade dessas decisões resulta no risco maior de investimentos, assumindo consequências de forma incalculável e extraordinária, não havendo possibilidade de concretização efetiva do business plan que teria o objetivo de mitigar os riscos que poderiam ser consideráveis na viabilidade e funcionamento do empreendimento, principalmente se o mesmo se configurar de longo prazo.

Os riscos empresariais devem ser permeados de forma ordinária e previsível, uma vez que, no comando de uma empresa, os investidores deverão se relacionar juridicamente nas esferas da legislação civil, empresarial, trabalhista, tributária, ambiental, entre outras áreas. Em caráter posterior, há a verificação das decisões judiciais relacionadas ao ramo do investimento, incluindo os valores decorrentes de possíveis ações de indenização que possa ser parte e a possibilidade do ganho ou não da ação.

A extinção de litígios é, em máximo ímpeto, o norteador do business plan. A dosimetria do Risco Judiciário Brasil, deve, em mínima hipótese, ser analisada em segundo lugar no projeto de investimento financeiro, tanto de empreendedores estrangeiros quanto brasileiros, dado que a importância de tal circunstância poderá acarretar na perda de capital do investidor em questão, mas também na percepção social perante àquele investimento.

4.1 OS INVESTIMENTOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Evidencia-se que os empresários que necessitam gerenciar seus negócios com parceria na Administração Pública, vêm sendo prejudicados pois, o Princípio da Confiança Legítima não vem sendo cumprido. Com essa falta de harmonia entre Direito e Economia, assegura-se razão a Fábio Ulhoa Coelho ao afirmar que:

> "...se o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais num certo país é mais acentuado que em outro, este último aparecerá como alternativa mais interessante para o investimento. A estabilidade do marco institucional é fator de atração de investimentos sadios. Se for considerável o risco de a norma regente do investimento não ser aplicada pelos Tribunais ou receber neles uma nova interpretação, o investidor não terá o retorno estimado e tenderá a redirecionar suas opções para outros países, em que tais distorções sejam menos frequentes.". (FÁBIO ULHOA COELHO; "A Justiça desequilibrando a economia", Valor Econômico, 10.11.2006).

A intensa troca de poder de partidos políticos no Poder Executivo dos municípios e estados e da União, faz com que os investimentos iniciados pela oposição eleita anteriormente, não sejam cumpridos.

De forma tenra, se evidencia a imaturidade política das ações dos governantes seguintes em não prosseguir com as obras nas quais foram iniciadas em governo pretérito, prejudicando não somente a população, mas também a imagem do Governo Brasileiro frente ao mercado financeiro.

Com essa irregularidade definida ao longo dos anos, se mostra difícil e árduo o trabalho de empresas privadas com a Administração Pública. Contratos são feitos e refeitos de acordo com a troca de governos e as obras ou projetos continuam sem finalização, ou em andamento à passos curtos de investimento.

As empresas que se vêm em necessidade de trabalhar com essa administração, ao viver a realidade da imaturidade política e o não término de construções, procuram países nos quais a política não é vista como um status, mas sim como um projeto social em benefício da população daquele local.

De certo modo, pois, há a fuga de investimento e capital financeiro do país com o intuito de trabalhar com Administrações

Públicas mais sérias, que terminem suas obras e findem com êxito seus contratos, não colocando as oposições políticas ou até mesmo o próprio ego em jogo nas relações comerciais.

5. A INSEGURANÇA JURÍDICA E O RISCO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Como já exposto, a Insegurança Jurídica brasileira faz com que haja a fuga de empreendimentos do país, provocando menor circulação de capital no mercado financeiro brasileiro e, consequentemente, aumento da taxa cambial.

Tempos pandêmicos se fizeram raros na história mundial, mas não foram esquecidos, dado que seus números foram significativamente altos. A Peste Negra na Idade Média e a Gripe Espanhola no século XX se alastraram ao redor do mundo e milhões de seres humanos foram mortos em todos os continentes. Não obstante, com a Covid-19 não seria diferente.

A Globalização, a caminhos curtos desde as Grandes Navegações, se acelerou e se solidificou no século XXI. O vírus, quiçá mortal, surgiu na China e, em semanas, já estava no outro lado do mundo. Com o Brasil, não seria diferente.

O temido vírus chegou em um território onde o sistema de saúde vive em colapso. Segundo Edison Luiz Durigon, professor titular de virologia do Instituto de Ciências Biomédicas da Universidade de São Paulo (USP):

> As pessoas acabam ficando internadas muito tempo, isso colabora para piorar a situação, isso é o que determina o colapso da saúde, o número excessivo de casos de uma doença que interna muito e leva muita gente para a UTI (EDISON LUIZ DURIGON; Saúde, CNN Brasil).

Com isso, a Insegurança Jurídica e o Risco Brasil se intensificaram. O quadro externo da Pandemia se fez presente e o grau de confiança de

investimentos no mercado financeiro brasileiro diminuiu. O alto grau de transmissão entre os brasileiros se fez muito presente nas relações sociais nas quais vão em atrito ao distanciamento social e ao uso de máscaras recomendados pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

O Sistema Judiciário em sua complexidade de normas burocráticas se viu estagnado por certo período inicial e determinadas ações foram paralisadas e não se viram analisadas e, nem muito menos, julgadas com alguma sentença condenatória.

A decisão do Poder Judiciário em relação à progressão de pena em relação a alguns presidiários se fez negativa perante a opinião pública mundial. A progressão de regimes fechados para regimes semiabertos originou novas infrações, atormentando a população no geral com a liberação destes condenados.

A junção de todos esses fatores decorrentes da Pandemia da Covid-19, alinhado à Insegurança Jurídica fez com que o índice do Risco Brasil evoluísse de forma significativa nesses tempos, além de haver a fuga de capital estrangeiro para outros países mais receptivos e mais cumpridores das normas sanitárias.

Com a conjuntura inicial da pandemia, em 19 de março de 2020, segundo o Ipeadata – site governamental –, o Risco Brasil chegou ao índice de 465. Logo, evidencia-se que a chegada do vírus em todas as partes do mundo nessa época e a decisão de um certo lockdown no dia 18 de março de 2020 – no qual o índice se firmou em 441 –, se fez resultante do maior índice do Risco Brasil dessa Pandemia.

A posteriori, os números caíram de certa forma ao longo dos meses; não obstante, a vacinação em massa de países desenvolvidos e os passos curtos da vacinação do Brasil, não se mostram convidativos aos investidores e, por mais que a baixa do Risco Brasil tenha se estabilizado no índice médio equivalente a 262, o que se vê são as demonstrações de fechamento de fronteiras internacionais com as brasileiras.

A paralisação da fabricação das vacinas AstraZeneca e CoronaVac anunciadas pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e o Instituto Butantan em maio de 2021, em razão da falta insumos que

são provenientes da China é um exemplo de risco político presente no Risco Brasil, em razão da sua dependência de produtos não subsidiados nacionalmente.

As Relações Exteriores e sua diplomacia evidente são focos chave para o convívio pacífico entre nações. No entanto, as relações do Governo Chinês com o Governo Brasileiro não estão seguindo seu curso pacífico. Há várias deliberações sobre a atuação do Ministério das Relações Exteriores desde a atuação recente de Ernesto Araújo, ex-ministro da pasta.

Com determinado cenário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) recomendou aos tribunais que as decisões dos juízes de direito devem nortear às consequências práticas, relevando à escassez dos recursos humanos, instalações, equipamentos e insumos. Logo, mesmo que as decisões judiciais permeiem o caso concreto, se vê uma luz ínfima de prosperidade em relação à preocupação externa das decisões.

Em apertada síntese, ressalta-se a existência das audiências online, que são figuradas de forma que não necessite haver a locomoção das partes, testemunhas e profissionais do Direito e nem a aglomeração dos mesmos em lugares de menor circulação. Ou seja, o CNJ, na pessoa do atual presidente Luiz Fux, vem influenciando positivamente na interpretação da necessidade social brasileira. A passos curtos, o Judiciário se mostra mais efetivo à coletividade e não à individualidade dos casos concretos.

Com isso, apesar das aproximadas 510 mil perdas irreparáveis de cidadãos brasileiros até o mês de julho de 2021, se mostra positiva, de certa forma, a evolução do Poder Judiciário perante à análise do impacto de suas decisões judiciais no meio exterior ao caso concreto, fazendo com que o Princípio da Segurança Jurídica se estabeleça, mesmo que de forma tímida nos Tribunais de Justiça ao longo do território nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imprevisibilidade das decisões judiciais, concernentes às matérias como redirecionamento das execuções fiscais e trabalhistas, revisão de contratos, formação de grupos econômicos, desconsideração da personalidade jurídica ordinária e inversa podem estar contribuindo para um acentuado e irreversível desequilíbrio na economia, além da queda no Produto Interno Bruto (PIB), em razão do crescimento da quebra de empresas e da falta de novos investimentos.

Em 2020, o PIB se findou negativamente. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o crescimento de 2020 foi equivalente à -4,1%. Esse indicador, permite-se avaliar o decréscimo de investimentos brasileiros, posto que o PIB negativo evidencia que o país produziu menos que nos anos anteriores à 2020, sendo como consequência econômica a diminuição dos valores das taxas de exportação.

Nesse ínterim, há o recuo de investimentos na bolsa de valores e nas demais áreas do mercado financeiro, bem como no investimento nas indústrias nacionais. De certa forma, esse PIB negativo representa a ausência de confiança dos investidores na economia brasileira.

Nesse contexto pandêmico, associado à Insegurança Jurídica provocada pelo Poder Judiciário, comprova-se, portanto, que não há retorno financeiro em instabilidade de decisões judiciais e fugas de jurisprudência. A análise dos casos concretos deve ser feita de acordo com as externalidades que são provocadas a partir daquela decisão, uma vez que investidores são os maiores responsáveis pelo sucesso da economia de qualquer mercado financeiro.

Ademais, cabe ao Poder Judiciário evitar a imprevisibilidade de suas decisões e orientar seus juízes para o foco de que suas decisões não sejam individuais e sim coletivas – com foco na socialidade –, buscando o desenvolvimento econômico do país e o consequente bem-estar social.

Outrossim, avalia-se que o índice relacionado ao Produto Interno Bruto (PIB) é afetado pela fuga de investimentos que é diretamente

ligado ao fator de ausência de coerências das decisões judiciais que divergem da jurisprudência dominante, da Doutrina e do ordenamento jurídico vigente, afetando interna e externamente o país na seara econômica, refletindo no índice do Risco Brasil.

Entrementes, considera-se que as categorias concernentes ao Risco Brasil, associadas à Insegurança Jurídica, podem e influenciam negativamente o business plan dos investimentos financeiros ao longo do território brasileiro, atingindo desfavoravelmente o Produto Interno Bruto Brasileiro.

Inclusive, não está gerando o resultado esperado para o desenvolvimento econômico do sistema, dificultando a evolução econômica de classes sociais mais baixas que necessitam da prosperidade para a conquista de empregos, renda e melhores condições de vida.

Assim, percebe-se que, apesar da Pandemia do Covid-19 ter trazido tristezas incalculáveis para, não somente a seara do Direito, mas também para todos os demais campos acadêmicos, bem como as inúmeras vidas perdidas, houve uma pequena evolução do Poder Judiciário Brasileiro ao se preocupar com a realidade das partes ao ceder em vários aspectos outrora rígidos e invioláveis, com o intuito de se adequar a realidade social dos cidadãos em tempos pandêmicos.

Logo, conclui-se que, no momento em que o Poder Judiciário se importa com suas decisões e como elas afetam a sociedade como um todo, o desenvolvimento econômico se estabiliza, estabilizando de forma significativa o índice referente ao Risco Brasil como se viu na segunda parte do ano de 2020 e no primeiro semestre de 2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: https://corpus927.enfam.jus.br/legislacao/cc-02. Acesso em: 22 de maio de 2021.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 de maio de 2021.

COSTA, Anna Gabriela. **Entenda como um sistema de saúde entra e colapso e como sair da crise.** Termo in: CNN Brasil. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/03/03/entenda-quando-um-sistema-de-saude-entra-em-colapso-e-como-sair-da-crise. Acesso em: 22 de maio de 2021.

DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciárias e seus reflexos na segurança jurídica.** Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/20380346.pdf. Acesso em 22 de maio de 2021.

EMBI + Risco Brasil. Disponível em: http://ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=40940&module=M. Acesso em: 22 de maio de 2021.

Índices do Dólar, Euro e Risco país – Brasil 2021. Termo in: **Portal Brasil.** Disponível em: https://www.portalbrasil.net/cotacoes_dolar_real_riscopais_2021/. Acesso em: 22 de maio de 2021.

Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm, Acesso em: 22 de maio de 2021.

LOBO, Carolina. **Covid-19: CNJ recomenda apoio técnico nas decisões judiciais.** Termo in: **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/covid-19-cnj-recomenda-apoio-tecnico-nas-decisoes-judiciais/. Acesso em: 22 de maio de 2021.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução a economia: princípios de micro e macroeconomia.** 2.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MENDES, G. **A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil: Elemento Fundamental para Garantir Segurança Jurídica ao Investimento Estrangeiro**. In: Doutrinas Essenciais, Direito Empresarial. Volume VIII. Arnoldo Wald (org). São Paulo. RT, 2011.p.771.

OLIVEIRA, Eliane; DUARTE, Melissa. **China não se compromete com prazos para entregar insumos para a fabricação de vacinas no Brasil.** Termo in: **Extra.** Disponível em: https://extra.globo.com/noticias/coronavirus/china-nao-se-compromete-com-prazos-para-entregar-insumos-para-fabricacao-de-vacinas-no-brasil-25008736.html. Acesso em: 22 de maio de 2021.

Patriota, Caio César Soares Ribeiro. **O Princípio da Segurança Jurídica.** Termo in: **JusBrasil**.

Disponível em: https://caiopatriotaadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/433454249/o-principio-da-seguranca-juridica. Acesso em: 22 de maio de 2021.

Produto Interno Bruto – PIB. Termo in: **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Disponível em: https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php. Acesso em 22 de maio de 2021.

A RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DE CULTOS RELIGIOSOS À LUZ DO AGRAVAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19

Almeida Reis[6]

INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo é "A Restrição da Liberdade de Cultos Religiosos à luz do agravamento da Pandemia da COVID-19". Esse contexto está ligado ao surto causado pelo coronavírus. Tal patógeno resultou de um mercado de peixes na cidade de Wuhan (China), colocando o mundo inteiro em contato com o vírus.

Perante o alastramento do coronavírus e os óbitos dele provenientes, ficou definido em vários países a necessidade do isolamento social, assim como o uso de máscaras de proteção facial na companhia de outros indivíduos. Logo, alguns países abriram questões acerca da veracidade do vírus, já que o recolhimento da população gerava impactos na economia, além do desespero coletivo diante de um agente infeccioso e desconhecido, até então.

Dentro em pouco, a sociedade se recolhia devido as informações a respeito do coronavírus e dos excessos de mortes repentinas, inclusive. Em virtude das sequelas deste patógeno, atitudes que antes eram improváveis, foram precisas, como a contenção de alguns direitos fundamentais, no caso em tela, a liberdade de culto religioso.

É mister dizer que, as liberdades básicas cerceadas por autoridades detêm a justificativa plausível em defesa do bem-comum, tendo em vista o direito fundamental à saúde pública, tal qual o direito à vida, principalmente.

Por conseguinte, a pandemia criada pela COVID-19 atingiu rapidamente ramos como do trabalho, da educação, da economia, do meio ambiente, e outros, incluindo as práticas religiosas, já que foi necessário fechar as igrejas devido as aglomerações de fiéis

6 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário UNIFAMINAS.

nestes locais. Prontamente, líderes religiosos se opuseram acerca das deliberações relativas as suas atividades, conforme ocorreu no Estado de São Paulo, tendo o litígio sido levado ao pleno do Supremo Tribunal Federal, como será abordado no desenvolvimento do presente estudo.

Finalmente, esse é o objeto da pesquisa. De um lado, há os que criticam o fechamento de templos religiosos, alegando lesão ao direito fundamental à liberdade religiosa, e por consequência a dignidade humana. Em contrapartida, existe o direito fundamental à saúde pública, que visa assegurar a todos uma saúde digna, constituindo-se no direito à vida, que certamente está vinculado a própria dignidade humana.

Posto isto, para melhor compreensão dessa questão, passa-se a debater sinteticamente a origem do coronavírus e seus impactos, a fim de demonstrar sucintamente a dinâmica e a motivação de autoridades em restringir um direito fundamental para contenção do vírus, mediante o fechamento de igrejas, além disso, verificar se tal condição se comprova, atualmente, como boa escolha para conter a transmissão do patógeno no Estado Brasileiro.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS VIGENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desde as origens, os direitos fundamentais se encontram à frente das civilizações, no entanto, de forma apática, logo, muitos acontecimentos foram precisos para que tantos direitos fossem considerados. Nesse sentido, os períodos do Estado Grego, Romano, Feudal e Medieval, onde os povos não eram assegurados de garantias e direitos, foram relevantes para a transformação e crescimento do indivíduo, tal qual na era do Estado Moderno, momento em que o homem passava a obter alguma liberdade, como na fase Liberalista, muito embora sem êxito, haja vista a imoderação social naquele período.

Além disso, é sabido que o Cristianismo foi um marco na evolução dos direitos fundamentais (OESTREICH, 1978). Assim, tais direitos

foram constituídos por intermédios filosóficos e teológicos, bem como pelos meios jurídicos e políticos existentes já nos primórdios da humanidade, os quais fomentaram a sua concretização.

Ademais, foi na era do Constitucionalismo que manifestações relativas à proteção de direitos fundamentais ocorreram, na justificativa de conservar princípios como o da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, com base na Teoria do Direito, explica o Professor e membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), João Trindade Cavalcanti Filho, a relação dos direitos fundamentais sob três vertentes distintas: o Jusnaturalismo que compreende aqueles direitos como pré-existentes a Constituição, ou seja, que precedem a própria legalização do Estado, reconhecendo-os como inerentes aos seres humanos; o Positivismo Jurídico que reconhece os direitos fundamentais como aqueles listados na própria Constituição; e o Realismo Jurídico que aponta aqueles direitos como tradicionalmente alcançados pela humanidade (CAVALCANTE FILHO, 2015).

Nesse contexto, os direitos fundamentais representam uma ordem interna, pois tratam de direitos ligados à pessoa num alcance interno, ou seja, no âmbito brasileiro seriam aqueles positivados na atual Constituição.

Destarte, ressalta o citado professor de Direito Constitucional do GranPós/UDF:

> (...) os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica. (CAVALCANTE FILHO, 2015, p. 6)

Segue o Mestre lembrando a razão dos direitos fundamentais e o núcleo que os envolvem, tendo em mente suas peculiaridades, exemplificando o docente sobre a condição da relatividade, a qual

esclarece que nenhum direito fundamental é absoluto, igualmente o contexto da indisponibilidade, que assegura que nenhum indivíduo possa dispor de um direito intrínseco (CAVALCANTE FILHO, 2015).

Desse modo, situa-se o funcionamento do Estado Democrático Brasileiro, juridicamente centrado à luz da Constituição vigente, melhor dizendo, o governo constitucional presente tem o poder/dever concentrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo como tarefa básica representar seu povo, assim como resguardar tantos quantos estiverem em solo nacional.

2.1 DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE

Tal como manifesto em linhas anteriores, os direitos fundamentais são próprios da humanidade, sendo assim, envolvem integralmente a vida humana. Logo, à frente de todos àqueles está o direito à vida, virtude natural de toda espécie.

Este direito fundamental envolve por completo a vida social, daí a incapacidade de o constituinte pormenorizar no caput do artigo 5º da Constituição Cidadã a abrangência daquela garantia, além de tudo que há por trás de um direito tão primário.

Apesar disso, não é impossível compreendê-lo, podendo ser definido pelo conhecimento do jurista Pedro Lenza, que expõe em sua doutrina de "Direito Constitucional Esquematizado", o direito à vida como "(...) o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna." (LENZA, 2020, p. 765)

Evidentemente que, na presença do mesmo direito há o princípio da dignidade humana, de modo que, não só àquele direito, mas todos decorrem deste princípio base, além disso, o direito à vida mantém-se em resguardar "a existência ou subsistência" do ser humano, segundo expõe o doutrinador Flávio Martins Alves Nunes Júnior no "Curso de Direito Constitucional": "(...) um princípio constitucional, decorrente da dignidade da pessoa humana, o direito à vida deve ser tutelado na maior intensidade possível." (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 922). Além do mais, declara o constitucionalista: "(...) tutelar o direito à vida de forma

absoluta e irrestrita significa violar outros direitos fundamentais, igualmente relevantes." (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 922)

Todavia, haverá circunstâncias que o direito à vida tornar-se-á limitado, muito embora seja uma garantia substancial, sendo indispensável a ponderação dos fatos, já que este direito representa o indivíduo desde a concepção, portanto, um direito pertinente ligado a devida existência humana.

De modo semelhante, há o direito à saúde que engloba os direitos sociais do indivíduo. Este, inserido no rol do artigo 6º da mesma Constituição, como garantia do Estado em manter o bem-estar social, ou seja, proporcionar um serviço de saúde adequado, além de livrar a população de riscos sanitários.

De natureza igual ao direito à vida, o versado direito é fundamental, considerando que a saúde integra a existência humana, logo, é reconhecida como um direito de todos e dever do Estado, com fincas do artigo 196 da Magna Carta, in verbis:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Ainda mais, o constituinte instituiu os artigos 197 a 200 acerca da saúde pública, com intuito de zelar pela comodidade de todos, considerando que "(...) a saúde de uma sociedade é um dos mais importantes patrimônios", segundo cita Márcio Eduardo Serra Nogueira Pedrosa Morais. (2020, p. 691)

Nesse viés, o nomeado doutor menciona que nenhuma das pessoas carrega consigo o direito de desservir, com isso, não é facultado ao cidadão dificultar a proteção à saúde dos demais.

Outro assim, o constituinte deixou estabelecido no artigo 23, inciso II da CRFB/1988 que a garantia apresentada é de competência

comum, em outras palavras, compete aos entes federados a manutenção da saúde pública, conservando-a como bem de todos.

Contudo, ambas atribuições englobam direitos e garantias fundamentais vigentes no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro, daí, precisam ser consideradas, longe disso significa afrontar o Estado Democrático de Direito e os princípios neste contidos, incluindo o da dignidade da pessoa humana.

2.2 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

O princípio da liberdade religiosa compõe as liberdades de consciência, crença, culto e organização, como introduzidas no inciso VI, do artigo 5º da Lei Maior, desta forma: "É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias."

Acerca disso, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais explica que, o indivíduo tem autonomia de seguir qualquer religião, pois é garantido pela liberdade de crença, enquanto a liberdade de culto lhe possibilita externar àquela, seja por meio de rituais, eventos, etc. Por fim, esclarece o referido que a liberdade de organização "refere-se à possibilidade de estabelecimento e organização de igrejas e suas relações com o Estado." (IBÁÑEZ; MORAIS, 2020, p. 688)

Nessa conjuntura, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH/1948) menciona o princípio em relato, garantindo igualmente em seu artigo 18, consoante segue:

> Artigo18. Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular. (ONU, 1948)

Como a norma supra transcrita, há outras no Direito Internacional que enfatizam o tema, facilitando as mesmas liberdades, todavia, não exige esmiuçar todas as regras vigentes, de modo que, o cerne do presente estudo está alinhado ao Estado Brasileiro.

Em síntese, todos detém liberdade constitucional no que tange as práticas religiosas, seja de maneira privada ou não, contando que os direitos alheios sejam observados, já que o homem vive em sociedade e perante ela deve regular-se.

2.3 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade humana tem sido pensada e construída ao longo da história, desde a filosofia ancestral (Idade Antiga e Idade Média), e os ensinamentos cristãos mais distantes. Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2012, n.p.), "a dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus."

Rapidamente convém ressaltar o entendimento de Naiara Antunes Dela Bianca, a saber:

> A palavra dignidade, vem de origem latina, qual seja a expressão (dignitas), entendendo por este termo, respeitabilidade, prestígio, consideração, estima, nobreza, excelência, indicando "qualidade daquilo que é digno e que merece respeito ou reverência" (DELA-BIANCA, 2008, apud MASIERO, 2018, n.p.).

Observa-se que, a dignidade humana se encaixa num conceito infinito, com isso, o jurista Alexandre de Moraes relaciona este princípio frente a própria condição humana. Vejamos:

> A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a

> pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2008, p. 22).

Raphael Lemos Pinto Lourenço da Silva (2012) alude que, embora conste a proteção e o respeito à espécie humana no teor da CRFB/1988, a dignidade da pessoa humana não pertence a obra constitucional, uma vez que, muito antes da atual Constituição abarcar o tema, esta garantia já traçava em torno do ser humano. Assim expressa o autor:

> (...) antes de se incorporar tal princípio às Constituições, foi imperioso que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, assim, detentor de uma "dignidade" própria, cuja base é o universal direito da pessoa humana ter direitos (SILVA, 2012, p. 7).

Ademais, Barroso (2015, n.p.) esclarece que, a dignidade humana propõe um sentido inerente ao ser humano, um "valor intrínseco das pessoas", haja vista que todos têm direito próprio à vida, tornando um fim em si mesmo. O Ilustre constitucionalista preconiza que, de tal valor advém outros direitos, como o direito à vida, à integridade física e moral, bem como o direito à igualdade, todos sob um prisma jurídico, acrescentando que: "(...) o conceito de dignidade da pessoa humana, sem a projeção de alguns valores coletivos ou do próprio intérprete, não resolve por si só alguns dos grandes dilemas contemporâneos (...)."

Além disso, na percepção do Emérito, a "autonomia" individual compõe o princípio em relato, assim, todos portam direito de escolhas e destas serem respeitadas, aludindo Barroso que numa visão jurídica,

seriam "os direitos individuais das pessoas e o direito às liberdades públicas." (BARROSO, 2015, n.p.)

Enfim, a maior complexidade está interligada ao valor social, assim esclarece o renomado: "(...) o Estado pode interferir na autonomia do indivíduo para protegê-lo de si próprio, em primeiro lugar (...)." (BARROSO, 2015, n.p.). Por isso, conclui-se que, o Estado pode e deve limitar a autonomia humana quando preciso, já que o valor comunitário há importância, logo, cabe ser analisado. (BARROSO, 2015, n.p.)

3. A PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19

No último dia de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi notificada de muitas ocorrências de pneumonia na China, na cidade de Wuhan. Devido ao episódio, em 01 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas impuseram o encerramento de serviços no Mercado de Frutos do Mar de Wuhan.

A seguir, no dia 07 de janeiro de 2020, as autoridades reconheceram uma nova cepa de coronavírus circulando entre a população. Em dois dias, registrava-se a primeira morte relacionada ao novo patógeno. Em menos de uma semana o vírus já atingia a população da Tailândia, seguindo para o Japão e Coreia do Sul.

Em vista disso, no dia 21 de janeiro de 2020, a OMS verificava que o novo vírus sucedia de transmissões humanas, daí, no próximo dia 30, comunica internacionalmente o surto causado pelo novo coronavírus. Posteriormente, em 11 de março de 2020, a OMS define a COVID-19 como pandemia ao considerar a distribuição geográfica do vírus que ultrapassava 100 países em contaminação, reconhecendo o estado pandêmico em razão da propagação da nova cepa e não devido a sua gravidade.

Em suma, a pandemia causada pela COVID-19 alastrou-se rapidamente pela Europa, tornando-a novo epicentro da doença, partindo, sem demora, para demais países da América, como o

Brasil, inclusive, sem contar no alastramento em demais continentes, causando muitos óbitos. (SUMMIT SAÚDE, 2020)

3.1 O DIREITO À LIBERDADE DE CULTO RELIGIOSO *VERSUS* O DIREITO À SAÚDE PÚBLICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

É sabido que, todo indivíduo está resguardado do direito à liberdade de culto. Nessa temática, aduzem Alejandro Gónzalez-Varas Ibáñez e Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais (p. 687): "A religião, assim, ultrapassa o campo da opinião, não se caracterizando como uma preferência pessoal opinativa, mas sim uma crença numa realidade considerada transcendente, objetiva e superior."

Observa-se que a religião sempre foi influente na vida do ser humano, razão pela qual o remete a forte dependência, levando em conta o aspecto sobrenatural, inclusive. Ademais, a fé tem por finalidade alimentar o espírito, pois que o homem não é feito apenas da matéria (corpo), levando em conta que este seja um elemento temporal, enquanto o espírito (alma) contenha o eterno.

Em contrapartida há o direito à saúde conforme supra realçado, um direito tido como fundamental no Ordenamento Jurídico atual, tanto quanto o direito as práticas religiosas, já que ambos foram introduzidos na mesma Norma.

Para mais, a saúde pública foi colocada pelo constituinte como um direito social, visto que está inserida no Título VIII – Da Ordem Social –, como cita os mesmos autores: "(...) o Constituinte estabeleceu a saúde como um dos tripés da seguridade social." (IBÁÑEZ; MORAIS, p. 690)

Em vista do que foi demonstrado até aqui, é evidente que a fé e a razão se chocam, buscando cada qual se destacar como direito de maior relevância, contudo, sofrem. Destarte, como nenhum deles é absoluto, há a necessidade de analisar o caso em questão, tentando aproveitar a essência de um e outro a fim de resguardar os dois, além de preservar o princípio da dignidade humana.

Os Ibáñez e Morais (p. 697) explicam que "(...) os critérios tradicionalmente utilizados (hierárquico, cronológico e especialidade) não resolvem o conflito", e isso se perfaz porque os dois direitos são amparados pela mesma Constituição, daí, fatores hierárquicos e temporais não servem como medida.

Sendo assim, o estudo em comento, tem por finalidade demonstrar que ambos estão associados a dignidade humana, entretanto, em face do momento vivente se faz necessário abster-se de um em favor do outro, à luz do princípio da proporcionalidade, pelos meios suplementares: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Aduz o jurista Humberto Ávila sobre a solução no caso concreto por meio desses três elementos fundamentais, conforme seguinte:

> A aplicação do postulado da proporcionalidade depende da existência de um meio, um fim concreto e de uma relação de causalidade entre eles. Em suma, há que se aferir a adequabilidade, a necessidade e a proporcionalidade da medida: O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica a situações em que há relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder à os 3 exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (AVILA, 2003, p. 104-105).

Em que pese a presente pesquisa tenha esclarecido benefícios em favor das duas garantias, ainda assim a saúde pública aparece

em relevo, levando em conta a coletividade, bem como o direito de permanecer vivo, portanto, este direito põe o cidadão não apenas sob tutela sanitária, mas a vida digna, contrário se fosse imposto o direito à liberdade de culto acima daquele, daí, por meio deste contexto é difícil comprovar lesão ao direito à liberdade religiosa tanto quanto ofensa a dignidade humana, haja vista que esse direito não deixa de existir, sendo só limitado no que concerne as atividades litúrgicas em tempos de pandemia.

Tal entendimento se conclui em face de agrupamentos de pessoas em rituais sagrados, de modo que, a aglomeração se faz evidente para proliferação do vírus. Outrossim, muito embora os exercícios religiosos sejam garantidos, não podendo haver qualquer ingerência Estatal, ainda assim cabe aos entes federados resguardar a saúde pública, já que determina a Lei o esforço coletivo, daí, é responsabilidade comum dos Estados, Municípios, Distrito Federal e União, zelar por tal condição.

Enfim, compete ao Estado buscar pelo mais acertado benefício humano, eis que a atual Constituição definiu como status de maior relevância a espécie humana, assim, nada se torna mais valioso que a própria vida, logo, resguardar as pessoas dos riscos iminentes como nessa pandemia, está em consonância com a escolha de sobressair o direito fundamental à saúde pública, paralelamente sem desprezar o direito à liberdade de culto.

3.2 DO POSICIONAMENTO DA SUPREMA CORTE EM VIRTUDE DA LIMITAÇÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DE CULTO

Acerca do assunto, o Supremo Tribunal Federal foi pleiteado por ação movida pelo PSD, que reivindicou acerca do decreto do Estado de São Paulo proibindo cultos/missas presenciais em tempos de pandemia. É sabido que, no tocante a colisão de direitos fundamentais, é oportuno o posicionamento da Corte, já que atos de repercussão nacional são ponderados e julgados por tal judiciário. Diante disso, a ação foi julgada pela Judicatura em 08 de abril de 2021,

e por 9 votos a 2, a reverenda Corte decidiu que Estados e Municípios podem impedir a celebração de cultos/missas devido a aceleração do contágio da COVID-19. Contudo, o Ministro Nunes Marques entendeu que a limitação traria desconforto espiritual aos fiéis, além de ser uma medida inconstitucional, alegando ser direito de todos a liberdade de culto. (STF decide contra a liberação de cultos religiosos e missas durante a pandemia. Disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/stf-decide-contra-a-liberacao-de-cultos-religiosos-e-missas-durante-a-pandemia/. Acesso em: 24/05/21).

Entrementes, o Ministro Gilmar Mendes declinou previamente a referida ação ao plenário da Corte. No decorrer do julgamento, o Emérito Edson Fachin relatou, nestes termos:

> Inconstitucional não é o decreto que na prática limita-se a reconhecer a gravidade da situação. Inconstitucional é a omissão que não haja de imediato para impedir as mortes evitáveis. Inconstitucional é não promover meios para que as pessoas fiquem em casa, com o respeito ao mínimo existencial, inconstitucional é recusar as vacinas que teriam evitado o colapso de hoje (MENDES apud ISTO É DINHEIRO, 2021, n.p.).

Prontamente, Luís Roberto Barroso, se posicionou, à letra: "Ciência e medicina são, nesse caso particular, a salvação. O espírito, ao menos nessa dimensão da vida, não existe onde não haja corpo. Salvar vidas é nossa prioridade." (STF decide contra a liberação de cultos durante a pandemia. Disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/stf-decide-contra-a-liberacao-de-cultos-religiosos-e-missas-durante-a-pandemia/. Acesso em: 24/05/21).

Em ato contínuo, o Ministro Alexandre de Moraes expôs que o decreto do Estado de São Paulo estaria longe de lesar a atual Constituição, tal qual ferir a liberdade religiosa, reconhecendo o Emérito conforme segue:

> Por entender que proteger a vida dos fiéis talvez seja a maior missão das religiões, não há nada de discriminatório, não há nada de preconceituoso, não há nada de inconstitucional, nos decretos que, embasados em dados científicos, médicos, restringem, assim como outras atividades, temporariamente os cultos religiosos (MORAES apud ISTO É DINHEIRO, 2021, n.p.).

Sem interrupção, explanou o Ministro:

> Onde está a empatia e a solidariedade de todos nesse momento? A liberdade religiosa tem dupla função: proteger todas as fés e afastar o Estado laico de ter de levar em conta dogmas religiosos para tomar decisões fundamentais para a sobrevivência de seus cidadãos. O Estado não se mete na fé. A fé não se mete no Estado (MORAES apud ISTO É DINHEIRO, 2021, n.p.).

Ante os argumentos, é notória a anuência da maioria dos Ínclitos em favor do direito fundamental à saúde pública, justificando não tratar de um favoritismo, mas sim de uma prioridade mediante os acontecimentos vigentes no país.

Evidentemente que a postura do Egrégio seja útil, já que demandas de ordem constitucional tendem a ser desatadas pela então Judicatura, daí, o consentimento favorável pela primazia do direito à saúde pública, visando o bem-comum, situa-se entre os auxiliares da conhecida Corte, logo, conforme explícito não apresenta vício em sua aplicação.

Por fim, a maior parte dos renomados defendem que a preservação pela saúde pública em tempos de pandemia transmite segurança geral, além do mais, possibilita o resguardo da vida, sem deixar de abster os fiéis de suas preces, nem sequer de suas crenças, pois que a limitação consiste em proibir as atividades religiosas, e não em restringir qualquer crença e/ou religião.

Sobre esse cenário, é significativo expor a recomendação do poder supremo da Igreja Católica Apostólica Romana - Papa Francisco, garantindo que, estar em casa não seria uma tarefa fácil, mas que os fiéis poderiam buscar a Deus até mesmo dentro de suas casas, enunciando literalmente: "Cuidar agora, mas para o amanhã. Tudo isso com criatividade, uma criatividade simples, inventada todos os dias. Dentro do lar, não é difícil descobri-la." (GLOBO.COM, 2020)

Resumidamente, não é errado dizer que a manutenção da ordem está ligada inteiramente à Lei, logo, o Estado não pode manter o controle sem a própria. Por isso, o fim último do governo deve estar centrado na defesa de seu povo, proporcionando uma vida pacífica, já que seja uma das principais tarefas impostas constitucionalmente ao Estado.

Por fim, o entendimento jurídico baseado no dogmatismo ou legalismo radical, ou seja, o direito baseado em si mesmo não se sustenta, haja vista que as normas jurídicas positivadas podem ser utilizadas como instrumentos para atender os interesses individuais e/ou comuns. Logo, se o direito tem o objetivo de assistir interesses e bens coletivos e, se pode flexibilizar e articular as normas através de um contorcionismo legal por meio da interpretação jurídica, deverá então estar direcionado a uma ideia de justiça por fim último, ao invés de atender interesses individuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo portou acerca da restrição do direito à liberdade de culto em tempos de pandemia. Este direito está empregado no Ordenamento Jurídico Brasileiro pela Constituição Federal de 1988, possibilitando ao indivíduo exercer sua crença por meio de atividades religiosas. Por outro lado, o mesmo trabalho expôs sobre o direito à saúde pública, também instituído pela mesma Lei como direito fundamental, além de garantia da ordem social.

É mister dizer que, dentre algumas benesses oriundas dessa colisão de direitos fundamentais, situa-se o direito à vida, que

implica tanto a garantia de uma vida digna quanto a oportunidade de permanecer vivo, além do ajuste com o princípio da dignidade humana.

Posto isto, é indubitável sobrevir a razoabilidade no convívio desses direitos fundamentais: saúde e crença (vida e fé). A presente pesquisa propõe clarificar a importância da restrição do direito à liberdade de culto em face do cenário recente, dado a ameaça que as aglomerações sociais reproduzem nos dias atuais, além de embasar cientificamente a coerente justificativa de que o vírus da COVID-19 se reproduz rapidamente e, tão somente pelo contato social, logo, é conveniente que haja esse distanciamento, melhor dizendo, o controle de pessoas em templos religiosos, de modo que, do contrário seria uma incivilidade tola.

Cabe ressaltar que, muito embora o indivíduo esteja restringido de um direito tão essencial, carece compreender que o mesmo não se encontra coibido de exercê-lo individualmente. Nessas circunstâncias, não traz prejuízos redizer que a referida medida tomada pelo Estado de São Paulo é legalmente cabível até que oportunidade melhor apareça.

Diante das observações explanadas na pesquisa, no tocante à medida de restrição a liberdade de culto afrontar o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, tornou-se tendente o presente estudo em demonstrar condições que embasam o contrário, assentando que este não lesiona a dignidade de ninguém, levando em consideração o direito à vida, que é a origem de tudo.

Sendo assim, o compilado verificou majoritariamente um conflito fictício, uma vez que a limitação do direito à liberdade de culto possui como principal eixo a segurança e preservação da saúde pública, consequentemente a preservação da vida, tal qual a busca pelo bem-comum.

Não obstante, a limitação de quaisquer destes direitos fundamentais tratam duplamente de ocasiões que afetariam inevitavelmente a dignidade humana, porém, se há razão relevante para sobressair um ao outro, não há motivo que não seja feito, contando

que seja a opção menos trágica, conforme demonstrou-se até então a conveniência de limitar as atividades litúrgicas de forma presencial.

Com isso, não há razão que sustente o inverso, visto que em tempos atuais, não há oportunidade melhor que manter as pessoas em distanciamento social, no intuito de frear a gravidade causada pelo coronavírus. No entanto, ainda que o direito à liberdade de culto retrate um direito fundamental, o mesmo não é absoluto, por isso foi restringido, contando que as limitações fossem proporcionais ao fim almejado, ou seja, que os objetivos da referida restrição fossem alcançados.

Finalmente, será um objeto bastante questionado e debatido na esfera jurídica e no meio social, eis que encontra vantagens que vão desde a contenção do vírus até a diminuição de mortes. Ao que nos parece, tal debate necessita ainda, e muito, de compreensão social, seja quanto à realidade atual, bem como a finalidade do que se propõe a medida restritiva, frente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assim como o direito à vida, principalmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios. 2012. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Palestra com o Ministro do STF Luís Roberto Barroso**. In: Youtube, 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WJ-YZ4OLI0w&ab_channel=TCECear%C3%A1>. Acesso em: 24 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 mai. 2021.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

IBÁÑEZ, Alejandro Gónzalez-Varas; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. A Liberdade de Culto em Tempos de Pandemia: a necessária limitação da liberdade religiosa em prol da saúde humana. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba.V.05, n.62, p.678-708, V. Especial Dezembro. 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/4428/pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASIERO, Andrea. O Uso do Monitoramento Eletrônico como Instrumento de Controle Penal Estatal: breve discussão sobre sua (in) constitucionalidade. **Revista Âmbito Jurídico**. ISSN 1518-0360. Ano XXI, n° 169, fev. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-169/o-uso-do-monitoramento-eletronico-como-instrumento-de-controle-penal-estatal-breve-discussao-sobre-sua-in-constitucionalidade/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2008.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração universal dos direitos humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Histórico da Pandemia de COVID-19**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 19 jun. 2021.

OESTREICH, Gerhard. **Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss**. 2. durchges. u. erg. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1978.

PAPA PEDE 'CRIATIVIDADE' DA IGREJA EM MEIO À PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: 'Cuidem-se para um futuro que virá'. **Globo.com**, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/04/08/papa-pede-criatividade-da-igreja-em-meio-a-pandemia-do-novo-coronavirus-cuidem-se-para-um-futuro-que-vira.ghtml>. Acesso em: 24 mai. 2021.

SILVA, Raphael Lemos Pinto Lourenço da. **Dignidade da Pessoa Humana**: origem, fases, tendências, reflexões. Rio de Janeiro: Emerj, 2012. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/raphaellemospintosilva.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

STF DECIDE CONTRA A LIBERAÇÃO DE CULTOS RELIGIOSOS E MISSAS DURANTE A PANDEMIA. **Isto é Dinheiro**, 2021. Disponível em:

<https://www.istoedinheiro.com.br/stf-decide-contra-a-liberacao-de-cultos-religiosos-e-missas-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 24 mai. 2021.

SUMMIT SAUDE. **2020**: o ano em que a pandemia da covid-19 parou o mundo. Disponível em: <https://summitsaude.estadao.com.br/desafios-no-brasil/2020-o-ano-em-que-a-pandemia-da-covid-19-parou-o-mundo/amp/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CONSEQUÊNCIA DA PANDEMIA

Yago Resende Rocha[7]
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro[8]

INTRODUÇÃO

No início do ano de 2020, o mundo começou a enfrentar uma realidade desafiadora e amedrontadora, que infelizmente, trouxe consigo uma série de situações críticas, com a necessidade de um posicionamento incisivo e a tomada de decisões rápidas e eficientes ao enfrentamento da Pandemia da Covid-19.

Infelizmente, muitas decisões tomadas não foram as melhores, o que agravou ainda mais a situação em muitos lugares no mundo, forçando seus governantes e cidadãos a tomarem decisões ainda mais drásticas e muitas decisões trouxeram consequências terríveis, que vêm afetando direitos humanos e fundamentais de muitas populações.

Assim, o presente artigo tem o intuito de rever o cenário da pandemia, desde o seu início trazendo à tona as diversas decisões que relativizaram os Direitos Humanos e Fundamentais.

Abordando inicialmente o panorama geral, desde a China e sua postura diante desta terrível ameaça, passando pela Itália até chegar ao Brasil cenário o qual o presente artigo fará uma explanação com mais detalhes.

Logo após far-se-á uma introdução e imersão no que diz respeito aos Direitos Fundamentais abordando os conflitos entre os mesmos e a necessidade do juízo de ponderação para a resolução de tais conflitos que surgiram como consequência à Pandemia.

7 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Faminas Muriaé. Técnico em Enfermagem pelo Centro de Capacitação Profissional Muriaé. Email: yagoresende@yahoo.com.br

8 Professora do Centro Universitário Faminas Muriaé. Mestra em Direito Processual pela UCP. Especialista em Processo Contemporâneo pela UFRRJ. Advogada.

Em seguida é realizado uma breve analise a respeito da economia frente à Pandemia e também sua relação quanto aos Direitos Fundamentais.

E por fim nas considerações Finais, faz-se a conclusão dos argumentos à respeito deste assunto

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em referências bibliográficas.

2. DA PANDEMIA DA COVID-19

2.1 CORONAVÍRUS CONQUISTA O MUNDO

Os primeiros casos de infecção pelo vírus Sars-Cov2 foi em meados de dezembro de 2019, entretanto seu real potencial infeccioso foi descoberto nos primeiros meses de 2020, já muito tarde com uma grande taxa de contaminados no território de Wuhan na China.

Contudo, era tão fácil a contaminação e tão comuns os sintomas que foi passando despercebido, que quando foi descoberto seu real potencial não só a população chinesa, mas também turistas já haviam sido infectados pelo vírus. Posteriormente, esses turistas saíram do território chinês disseminando o vírus para outros países.

Desde a gripe espanhola o mundo não enfrentava uma pandemia, portanto não era esperado e o mundo estava despreparado para tal situação.

A China logo toma suas primeiras decisões, evita aglomerações e até mesmo adia o tradicional e cultural ano novo chinês com o foco em diminuir a taxa de contaminação, contém seus cidadãos em suas casas e começa a construir hospitais de campanha, faz testes em sua população para detectar e separar os infectados, além de fechar as fronteiras do país. Logo os resultados foram vistos a China conseguiu conter as contaminações e reabrir o pais por algum período.

Nesse interim é necessário relembrar o terrível cenário Italiano, com o qual o Brasil devia ter aprendido para não repetir. Na Itália, quando o surto iniciou muitas pessoas não levaram a sério,

aglomerações eram comuns, como se não estivesse acontecendo nada, o prefeito de Milão até lançou uma campanha contra o confinamento "Milão não pode parar" visando não prejudicar a economia do país (OMS, 2020).

Entretanto, por conta destas decisões, o vírus se alastrou pelo território Italiano com extrema velocidade deixando um rastro de morte e um país com os hospitais tão lotados que não havia lugar para novos internados nas UTIs de todo o país, médicos tinham que decidir quem viveria e morreria, cadáveres eram levados amontoados em caminhões para sem cremados, parentes não podiam se despedir, cena estarrecedora tal como no holocausto. Enquanto a China somente relativizou o direito de ir e vir de seus cidadãos com a finalidade de conter o avanço do vírus logrando êxito em pouquíssimo tempo. A Itália para não prejudicar a economia nacional não conteve seus cidadãos mas esta decisão levou-a a um cenário em que a vida, saúde e dignidade eram relativizados todos os dias, com pessoas se quer tendo o direito de serem enterradas, isso sem falar da população idosa do pais que depois de terem dedicado suas vidas trabalhando, pagando seus impostos e cumprindo a lei tiveram suas vidas e dignidade desvalorizadas em nome da economia.

2.2 DO CENÁRIO DESASTROSO DO BRASIL

O Brasil infelizmente não se apoiou em bons exemplos, com a economia em foco desde o início o chefe do executivo briga contra as medidas restritivas e preventivas colocadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e que se demonstram efetivas em todos os países nos quais foram utilizadas, mas também utiliza seu poder político e influência para brigar com todos os governadores e ministros que tentaram implementa-las em seus respectivos entes federativos, além de agir contra as medidas preventivas, reforça seus discursos de desrespeito às instituições tentando colocar a população brasileira contra o judiciário dizendo que o mesmo não respeita a constituição por terem dado maior autonomia aos governadores para terem maior

possibilidade de reação contra a Pandemia (TEIXEIRA, 2020); (G1, 2019).

Nesse interim, a população brasileira está cada vez mais desnorteada e a taxa de contaminados e mortos crescem em todo o território causando colapsos no Sistema Único de Saúde (SUS) em diversos estados do país colocando em perigo o Direito Fundamental à vida e a saúde da população, porquanto, assim como o presidente a população vem se tornando cada vez mais insensível às mortes e a falta de dignidade na qual as vítimas da doença se encontram, violando e duvidando a todo momento as medidas preventivas.

3. DA RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É imperioso dizer que Direitos Fundamentais são Cláusulas Pétreas e de forma alguma podem ser diminuídos ou extinguidos, nem mesmo por emendas constitucionais. Mas é de grande necessidade observar que por mais absolutos que sejam, dentro de uma realidade normal e cotidiana, em situações extraordinárias e críticas tais direitos podem ser mitigados, frente à análise e julgamento dos casos concretos através do juízo de ponderação, no qual julgar-se-á dois Direitos Fundamentais em colisão.

Existem diversos exemplos na Constituição Federal de 1988 nos quais algum Direito Fundamental é mitigado, tal como na alínea a, XLVII, 5° da Constituição Federal de 1988, no qual prevê pena de morte em caso de guerra declarada.

Entretanto existem nas mídias alternativas diversos debates e críticas por parte de pessoas que se opõe às medidas preventivas e dentro dos argumentos destes mencionam o direito a liberdade de tráfego previsto no artigo 5°, XV CF/88, afirmando que o isolamento social e a medida de prevenção ao contagio que impõe o fechamento do comércio denominada pelo termo do inglês Lockdown, são inconstitucionais por violar este Direito Fundamental. Entretanto há de se observar o próprio texto Constitucional na sua integra o qual dispõe da seguinte forma o artigo 5°, inciso XV da Constituição Federal

de 1988: É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens."

É imperioso notar que o próprio texto Constitucional impõe uma condição ao direito e tal condição é para que em caso de guerra evite que pessoas tanto de nacionalidade brasileira ou estrangeira venham a perder a vida em iminente conflito e assim piore ainda mais a situação do país frente à outras nações, para a segurança nacional, evitando a presença de possíveis inimigos em território nacional e para salvaguardar o maior dos Direitos Fundamentais, porquanto sem este nenhum outro faz sentido. Haja vista que não estamos em guerra com outro país, mas ainda assim, é necessário observar esta condição imposta pelo inciso, seus principais objetivos são a segurança nacional e a garantia de ter o mínimo de baixas possível em uma situação atípica em nosso cotidiano, conflito bélico, e embora não estejamos em um conflito bélico tal condição imposta aplica-se totalmente ao nosso cenário atual, porquanto, diante de uma interpretação teleológica do cenário atual e o inciso supracitado é evidente que é uma situação atípica, e por não ocorrer com tanta frequência e nem com tamanha intensidade, uma pandemia não passou pela cabeça do legislador, mas sim a guerra, que é muito mais presente no decorrer da história mas mesmo assim ambas carregam consigo um contexto muito semelhante, a necessidade de medidas drásticas e severas para garantir a preservação da vida e da população do país, pois sem estes a nação pode não conseguir se manter por muito tempo e ser subjugada por outro povo, é claro que tal cenário seria inimaginável para o Brasil por sua grande população, mas ainda assim é possível a mitigação deste direito em vista do cenário atual, visto que mesmo não estando em guerra contra outro país, há uma guerra contra um vírus com grande poder mortífero e contagiante.

Outrossim fazem quanto a vacina contra o Covid 19, é necessário lembrar que por muito tempo o Brasil foi considerado um exemplo frente às outras nações no que se refere às campanhas de vacinação, sucesso este que chegou a eliminar a poliomielite e o sarampo do

catálogo de doenças no Brasil, porém um movimento negacionista importado dos EUA vem adquirindo mais e mais adeptos no Brasil com suas ideias conspiracionistas sem qualquer tipo de fundamento científico, infelizmente este pensamento negacionista tem sido impulsionado e encorajado por parte do Presidente da República e de seus seguidores tornando esta teoria anticientífica cada vez mais comum, pensamento este que fez com que a poliomielite e o sarampo voltassem "dos mortos". Os grupos anti-vacina e seguidores do atual presidente vem tentando argumentar contra a vacinação contra o corona dizendo que o Estado não pode obrigar o cidadão aceitar a vacina, uma vez que violaria a liberdade, o que é também um Direito Fundamental previsto Constitucionalmente, a saber no art. 5°, II, CF: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

Entretanto, no que se refere ao conceito de liberdade é imperioso dizer que há liberdade de fazer e agir de acordo com a vontade de cada indivíduo, observando é claro, o direito subjetivo, porém, existe a liberdade de agir legalmente dentro do que a lei permite, dentro do que a lei não proíbe ou deixa de disciplinar, tal como o artigo supracitado dispõe. Entrementes, é de suma importância relembrar que bem no início desta Pandemia mundial o Governo Federal editou a Lei n°13.979 com o objetivo de estabelecer medidas gerais de emergência com a finalidade de diminuir o impacto da Pandemia na população, no 3° artigo, inciso III desta lei era previsto a determinação de realização compulsória de exames médicos, teste laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas e tratamentos médicos específicos. Veja agora este artigo na íntegra:

> Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)
> I - Isolamento;
> II - quarentena;

> III - determinação de realização compulsória de:
> a) exames médicos;
> b) testes laboratoriais;
> c) coleta de amostras clínicas;
> d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
> e) tratamentos médicos específicos;

A questão é que este artigo vai de encontro com o art. 5°, X, da CF/88 que dispõe acerca do Direito Fundamental à intimidade e não só isso, também vai de encontro com o art. 15 do Código Civil que protege o indivíduo de ser constrangido a ser submetido, com risco de vida, a tratamento médico ou cirúrgico, veja a seguir:

> Art. 5º, Inciso X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> Art. 15º. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. (Redação dada pela Lei nº 10.406 de 2002);

Entretanto, as medidas que são tratadas no artigo 3° da Lei n°13.979 são medidas preventivas básicas no combate à uma pandemia, sendo assim, mesmo que tais medidas tratadas no artigo estejam de certa forma contrárias à códigos já estabelecidos no Brasil, é necessário lembrar que o país se encontra em uma situação atípica e que logo voltará à normalidade e que o principal intuito tanto desta lei quanto dos códigos já estabelecidos é o mesmo, a ordem social e a preservação de bens jurídicos tutelados, o maior dentre eles e o Direito Fundamental mais importante é a vida.

Portanto quando se refere à necessidade de medidas preventivas quanto a um vírus de extremo potencial infeccioso a realidade é outra, não há o que se discutir referente à individualidade por exemplo, uma vez que nessa situação à claro conflito entre Direitos Fundamentais

que é resolvido por meio do juízo de ponderação, e neste caso elevar o direito a liberdade, intimidade ou a individualidade ao status de prioridade fará com que seja relativizado o direito a vida, a curto e longo prazo por impossibilitar o combate efetivo à Pandemia. Sendo assim a única forma de garantir o Direito Fundamental à vida é colocando a coletividade acima da individualidade, seja em prol do distanciamento, dos exames e da vacina.

3.1 DA ECONOMIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É de suma importância salientar que as medidas e decisões tomadas pelos governantes na gestão de seus respectivos terão consequências a curto e longo prazo sendo essas medidas as recomendadas pela OMS ou contrárias às mesmas pautadas exclusivamente no negacionismo.

Conquanto, países que preferiram ignorar as medidas preventivas e manter seu comercio funcionando livremente sem qualquer restrição dizendo se preocupar com a economia e com a possível futura quebra do comércio e consequentemente o desemprego crescente, fome e ondas de violência. Infelizmente como na Itália no qual o prefeito de Milão fez a campanha supracitada e sobre a qual se arrependeu e reconheceu seu terrível erro (G1, 2020), tiveram os mesmos destinos, hospitais e clinicas cheios e médicos tendo a difícil escolha em suas mãos de decidir quem viveria ou morreria e diversos corpos que quando eram enterrados as famílias não podiam se despedir, eram descartados sem qualquer dignidade (

É evidente também que não pode ignorar a preocupação destes políticos que se amedrontaram frente à uma possibilidade de ter que encarar a aterradora "época das vacas magras", vendo a economia nacional desabando e o desemprego, a fome e a violência aumentando cada vez mais, é óbvio que para qualquer governante tal vislumbre é de dar calafrios. Haja vista que a economia quebrada também traz recorrentes relativizações, limitações e impossibilidades de se fazer cumprir diversos dos Direitos Fundamentais e Humanos dentre eles o que seria o da dignidade seria um dos mais afetados, todavia é

importante fazer uma breve analise sobre o como a queda econômica afeta os Direitos Fundamentais frente à relativizações dos Direitos Fundamentais para contenção da taxa de contaminação para assim chegar a uma conclusão e uma possível política de diminuição de danos.

A saber uma economia defasada com uma série de empresas falindo, principalmente pequenos e médios empresários significa não só um aumento no índice de desemprego mas também uma redução significativa na coleta de impostos e uma baixa na renda per capta, trazendo uma série de problemas sociais e econômicos para o Brasil, uma vez que a diferença na coleta de impostos afetaria os serviços oferecidos pelo governo dentre eles o SUS, além do que, afetaria também a alimentação tornando diversos cidadãos sem qualquer comorbidades a situação de maior vulnerabilidade frente a diversas doenças que seriam muito mais recorrentes também devido à precariedade das moradias que já é preocupante no Brasil, visto que muitas famílias já moram em situações de extremo risco e insalubres, sem saneamento básico e às vezes até sem água encanada, sendo assim, uma queda econômica é de fato uma grande ameaça aos Direitos Fundamentais e Sociais contidos nos caputs dos artigos 5° e 6° da CF de 1988 os quais dispõe da seguinte forma

> Art: 5: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes;
> art. 6: São Direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Todavia o cenário abordado acima, por mais que seja possível de ocorrer à longo prazo seria improvável chegar a um extremo a ponto de por em cheque os Direitos Fundamentais e Sociais supracitados, uma vez que políticas públicas amenizariam o quadro à longo prazo de forma à controlar o prejuízo, é claro que se forem feitas de forma eficiente acompanhadas de reformas econômicas para aquecer a economia, ou seja, é ilógico utilizar a economia como desculpa para relativizar o principal Direito Fundamental outrora mencionado, uma vez que se eficiente o governo pode não só diminuir os danos causados como superar as perdas.

Tal cenário e até mesmo o atual que já não é um dos melhores poderia ser evitado, mesmo seguindo à risca as recomendações da OMS sem se preocupar com a economia, se o atual governo desde o início do mandato tivesse se preocupado em fazer reformas económicas e nas gestões cortando gastos desnecessários, reformas tributárias e abertura do mercado brasileiro, poderia investir em políticas públicas e em uma possível renda básica universal, sem falar que tais ações atrairiam investimentos do exterior deixando a balança econômica nacional equilibrada diminuindo então os impactos do Lockdown e da Pandemia no país e na micro e macro economia, podendo ficar fechado por mais tempo no início e testando a população de forma eficaz fazendo uma triagem e assim, evitando que o vírus se alastrasse e chegasse ao atual cenário já com grande prejuízo em questão das vidas perdidas e do cenário econômico que vem piorando devido à inflação.

Outrossim devia ter procedido em relação às vacinas que por diversas vezes por causa de um negacionismo absurdo e sem fundamento científico vem dificultando atingir a imunidade de rebanho e apostando em medicamentos sem qualquer comprovação científica, gastando dinheiro público com medidas inúteis e que no fim foram dinheiro queimado. Além disso, há de se observar que os países que se ocuparam em deter a contaminação e vacinar a população puderam voltar gradativamente às suas atividades econômicas normais em pouco tempo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É estarrecedora a situação na qual a nação brasileira se encontra neste momento caótico e triste com um número de mortes simplesmente aterrador, e uma situação atípica que não poderia ser se quer especulada a possibilidade de enfrenta-la, houveram e ainda há decisões difíceis e cheias de efeitos catastróficos a serem tomadas, com o objetivo de salvar o máximo de vidas, assegurar ao menos uma possibilidade de reerguer a economia nacional para salvaguardar a paz e a harmonia social e evitar ao máximo tanto o colapso no SUS quanto um colapso econômico seguido de um colapso social, nesse cenário é imperioso manter a observância à Constituição Federal e aos Direitos Fundamentais e Sociais, bem como à todo o Código Legal Brasileiro, todavia, por mais que os Direitos Fundamentais sejam Cláusulas Pétreas; invioláveis e irrevogáveis são sim passíveis de serem relativizados à depender da necessidade e da situação ao qual o Brasil estiver atravessando, tanto para a segurança nacional quanto para a segurança da coletividade. Porquanto a finalidade da lei é a ordem social, justamente por ser um instrumento de controle social, ou seja, toda lei criada tem como objetivo manter o máximo de harmonia e segurança aos bens jurídicos tutelados que conseguir dentre esses bens jurídicos estão os Direitos Fundamentais, dentre eles sem dúvida a vida é o maior, e por essa razão, não é lógico manter uma observância cega à letra fria da lei em detrimento da vida e da coletividade, seria totalmente contraditório.

Por essas razões, mesmo que algumas medidas tomadas sejam inconstitucionais de acordo com o texto da lei, ainda assim estão na prática cumprindo o objetivo de toda a lei mantendo o bem jurídico tutelado e assim visto por uma interpretação teleológica estão dentro da legalidade, afinal faz mais sentido relativizar a letra da lei que o bem que a lei defende.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bolsonaro discursa em Brasília para manifestantes que pediam intervenção militar, **G1**, Disponível em; https://www.google.com/amp/s/g1.globo.com/google/amp/politica/noticia/2020/04/19/bolsonaro-discursa-em-manifestacao-em-brasilia-que-defendeu-intervencao-militar.ghtml Acesso em 10 de Julho de 2021.

Brasil. Código Civil Brasileiro. Disponível em: -http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm-; último acesso em: 12/06/21.

Constituição Federal de 1988 disponível em: -http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm- último acesso em: 12/06/21.

Lei n° 13.979/20 disponível em: -http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm-; acesso em; 12 de Junho de 2021.

NONATO, Alessandro Anilton Maia; Direitos fundamentais frente à pandemia do coronavírus; publicação: **Direito Net** em: 13 de Janeiro de 2021 disponível em: -https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11734/Direitos-fundamentais-frente-a-pandemia-do-coronavirus-; último acesso em: 12 de Junho de 2021.

Prefeito de Milão admite erro por ter apoiado campanha para cidade não parar no início da pandemia de coronavírus na Itália Disponível em: https://www.google.com/amp/s/g1.globo.com/google/amp/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/27/prefeito-de-milao-admite-erro-por-ter-apoiado-campanha-para-cidade-nao-parar-no-inicio-da-pandemia-de-coronavirus-na-italia.ghtml. G1 Acesso em: 10 de Julho de 2021.

SANTOS, Thiago Costa dos; A Colisão entre Direitos Fundamentais em Meio à Pandemia da Covid-19: Analisando Juridicamente a Legitimação das Restrições Impostas pelo Poder Público; publicado por: **Ámbito Jurídico, Portal** em: 27 de abril de 2020. Disponível em: -https://amp.ambitojuridico.com.br/noticias/a-colisao-entre-direitos-fundamentais-em-meio-a-pandemia-da-covid-19-analisando-juridicamente-a-legitimacao-das-restricoes-impostas-pelo-poder-publico/- último acesso: 12 de Junho de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; Os direitos fundamentais em tempos de pandemia; publicado por: **Consultório Jurídico** em 23 de Março de 2020; disponível em: -https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia-; último acesso em: 12 de Junho.

SOUZA, Renan Gabriel Pereira de; Direitos fundamentais em tempos de pandemia; publicação: **Portal Conteúdo Jurídico**.

Disponível em: -https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56287/direitos-fundamentais-em-tempos-de-pandemia-; publicado em: 24 de março de 2021, último acesso em: 12 de Junho de 2021.

TEIXEIRA, Matheus Com recados a Bolsonaro, Supremo autoriza estados e municípios a decidirem sobre isolamento; **Folha de São Paulo** Disponível em: https://www.google.com/amp/s/www1.folha.uol.com.br/amp/poder/2020/04/com-recados-a-bolsonaro-stf-forma-maioria-para-permitir-estados-a-regulamentarem-isolamento-social.shtml Acesso em: 10 de Julho de 2021.

FEMINICÍDIO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Gilmara Helena da Silva[9]

INTRODUÇÃO

O feminicídio é o assassinato de mulheres cometidos em razão do gênero, ou seja, quando a vítima é morta por ser mulher. É um crime de ódio baseado no gênero que vem se registrando durante muito tempo cujos praticantes, em sua maioria, são ex-companheiros ou os atuais esposos das vítimas.

O crime de feminicídio, com o advento da Lei número 13.104, de 09 de março de 2015, passou a ser uma qualificadora do crime de homicídio, com previsão no artigo 121 do Código Penal Brasileiro.

Vale ressaltar que antes dessa Lei, o crime de homicídio contra a mulher era tratado de forma genérica, ou no máximo como motivo fútil.

Desta forma, com a implementação da qualificadora de feminicídio, o combate e punição do agente que comete esse crime se tornou mais eficaz.

Tal crime atinge a dignidade da mulher e o Brasil por sua vez, não é um país seguro para uma mulher morar, tendo em vista que, a cada uma hora, uma mulher morre. Assim, faz-se necessária a intervenção Estatal a fim de que essas mulheres sejam mais protegidas.

Com a pandemia da Covida-19, o contato entre agressor e vítima se estreitou ainda mais, aumentando, assim, os casos de feminicídio.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar o crime de feminicídio durante a pandemia da COVID-19.

No primeiro capítulo, será abordado os principais aspectos do crime de feminicídio, sua origem histórica, bem como os fatos que contribuíram muito para que a Lei n. 13.104 de 2015 fosse promulgada.

9 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé.

No segundo e último capítulo, será estudado o fato do crime de feminicidio ter aumentado durante a pandemia da COVID-19 e os fatores que ajudaram para que isso ocorresse.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada na análise de referências bibliográficas.

2. DO FEMINICÍDIO

A morte de mulheres é algo que sempre foi crescente no quadro de violência no Brasil, seja violência domestica, seja violência do cotidiano das ruas, como se pode observar no mapa[10] da violência feito em 2015 pela Secretaria de Política para Mulheres da Presidência da República juntamente com a Organização Mundial da Saúde (OMS), ONU Mulheres e a FLACSO – Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais.

No ano de 2013, foi feito um levantamento das mortes de mulheres e foi verificado que houve 4.762 assassinatos, sendo que 50,3 % foram cometidos por parentes das vítimas, e em 33,2 % desses casos o autor do crime eram maridos, ou ex parceiros das vítimas. (AGÊNCIA PATRICIA GALVAO, 2015).

Com quase 5 mil mortes, no ano de 2013, a média de morte de mulher por dia ficou em torno de 13 mulheres. A cada 2 horas, uma mulher morreu no ano de 2013 no Brasil.

Vale ressaltar que a maioria dos homicidios contra homem ocorre nas ruas. Em relação às mulheres, 31,2% acontecem na rua e 27,1 % ocorrem em seu domicilio, o que sugere que a casa da mulher não é um local seguro, o que não é aceitavel, haja vista que todos tendem a ter em seu lar o seu refugio da violência. (AGÊNCIA PATRICIA GALVAO, 2015).

Tanto mulher quanto homem são vítimas de arma de fogo, objetos cortantes e contundentes. Porém, no caso dos homens, a

10 Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/pesquisa/mapa-da-violencia-2015-homicidio-de-mulheres-no-brasil-flacsoopas-omsonu-mulheresspm-2015/. Acesso em: 15/06/21.

maioria é morta por disparo de arma de fogo, chegando 73,2% dos casos, já com mulheres esse percentual cai para 48,8%, deixando as demais mortes por uso de facas e paus. Isso demonstra que essas mortes provêm de crimes de ódio ou por motivos fúteis (AGÊNCIA PATRICIA GALVAO, 2015).

Diversos estados brasileiros demonstraram um forte aumento no quantitativo de assassinatos de mulheres na década, como Roraima, onde as taxas mais que quadruplicaram (343,9%), ou Paraíba, onde mais que triplicaram (229,2%). Entre 2006, ano da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, e 2013, cinco estados haviam registrado quedas nas taxas: Rondônia, Espírito Santo, Pernambuco, São Paulo e Rio de Janeiro. (AGÊNCIA PATRICIA GALVAO, 2015).

Para reforçar o fato de que crimes contra mulheres sempre foram banalizados pela sociedade, a Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Fabiane Lopes Rodrigues profere sua declaração

> A subjugação máxima da mulher por meio de seu extermínio tem raízes históricas na desigualdade de gênero e sempre foi invisibilizada e, por consequência, tolerada pela sociedade. A mulher sempre foi tratada como uma coisa que o homem podia usar, gozar e dispor.

Esse mapa só demonstra dados que já vinham sendo percebidos por todos envolvidos na Segurança Pública Brasileira. Assim, com o intuito de combater ou pelo menos tentar inibir o criminoso a não cometer tais homicidios contra a mulher é que houve a criação da Lei n. 13.104, de 09 de março de 2015, lei essa que alterou o Código Penal Brasileiro, mais precisamente em seu artigo 121, no qual se define o crime de homicidio, ou seja, matar alguém.

Essa Lei acrescentou uma qualificadora para o crime de homicidio, criando assim o feminicidio

> Art. 1º: O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal , passa a vigorar com a seguinte redação: (...)
> Feminicídio
> VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:
> § 2º-A: Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
> I - violência doméstica e familiar;
> II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.
> Aumento de pena
> § 7º A: pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:
> I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
> II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
> III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

No Código Penal brasileiro, o feminicídio está definido como um crime hediondo, tipificado nos seguintes termos: é o assassinato de uma mulher cometido por razões da condição de sexo feminino, quando o crime envolve violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Nucci (2017) ensina que o feminicídio é uma continuidade da tutela contida na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que tem o objetivo de proteger a condição do sexo feminino, em particular nos relacionamentos domésticos e familiares. A lei do feminicídio considera homicídio qualificado e hediondo a conduta de matar a mulher, valendo-se de sua condição de sexo feminino.

Com essa alteração em prol da proteção das mulheres, é importante destacar que o aumento de pena pela qualificadora feminicídio coloca a pena bem mais elevado do que as demais qualificadores do tipo penal homicídio, ou seja, com essa qualificadora

do inciso VI do artigo 121 do CPB a pena pode chegar de 12 a 30 anos de reclusão, ao invés dos 6 a 20 previstos para as outras qualificadoras.

É importante trazer à baila que, mesmo que ainda haja pouco entendimento acerca do crime de feminicídio pelos doutrinadores brasileiros, a tipificação trouxe uma melhor visibilidade, de modo a conhecer melhor as características e especificidades desse crime.

Quanto à temática, Patrícia Galvão (2017, p.13) afirma:

> Para além do agravo da pena, o aspecto mais importante da tipificação, segundo especialistas, é chamar atenção para o fenômeno e promover uma compreensão mais acurada sobre sua dimensão e características nas diferentes realidades vividas pelas mulheres no Brasil, permitindo assim o aprimoramento das políticas públicas para coibi-lo.

Com o advento da Lei do feminicídio, o Brasil ganha um importante reforço no combate aos crimes contras a mulheres, que já vinha sendo ajudado pela Lei Maria da Penha, porém um grande ponto de dificuldade de se aplicar a Lei do feminicídio é se essa provém de natureza jurídica objetiva ou subjetiva.

Vale ressaltar que no se refere à natureza jurídica objetiva é o fato de envolver violência doméstica e familiar. Já no caso da natureza jurídica subjetiva é o fato de envolver menosprezo ou descriminalização à condição da mulher.

Assim, há quem defenda que pode sim haver uma natureza jurídica objetiva-subjetiva.

Pode-se observar o que vem ensinar Alice Bianchini (2019, p. 216), sobre a temática:

> A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Uma hipótese: mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado a mata. E mata-a por uma motivação aberrante, a de presumir que a mulher deve se submeter ao seu

> gosto ou apreciação moral, como se dela ele tivesse posse, reificando-a, anulando-lhe opções estéticas ou morais, supondo que à mulher não é possível contrariar as vontades do homem. Em motivações equivalentes a essa há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino, ou do feminino exercendo, a seu gosto, um modo de ser feminino. Em razão disso, ou seja, em decorrência unicamente disso.

Diante dos argumentos, observa-se que a natureza subjetiva da qualificadora do feminicídio se dá pela motivação do crime, não bastando que esse crime seja praticado contra uma mulher, mas pelo fato da vítima ser mulher, ou seja, em razão da condição de sexo feminino.

Já se tratando acerca da natureza jurídica objetiva, Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 455) ensina que "diversas normas foram editadas ao longo do tempo, com o exclusivo objetivo de conferir maior proteção à mulher, em face da nítida opressão enfrentada quando em convívio com alguém do sexo masculino, como regra".

> Trata-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher. Não aqui esquecemos à ideia de ser uma qualificadora subjetiva (como o motivo torpe ou fútil) somente porque se inseriu a expressão "por razões de condição de sexo feminino". Não é essa a motivação do homicídio. O agente não mata a mulher porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis; podem, inclusive, ser moralmente relevantes. Sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo. (NUCCI, 2017, pág.455).

Assim sendo percebe-se que ao contrário do posicionamento do feminicídio com natureza subjetiva, é permitida a comunicação aos demais coautores ou partícipes, em caso de concurso de pessoas (desde que os envolvidos tenham conhecimento), a existência do "feminicídio qualificado privilegiado" e o uso em conjunto da qualificadora do feminicídio com as qualificadoras subjetivas (motivo torpe ou fútil), não configurando *bis in idem, ou seja, diante dessa situação o agente pode ser posto como autor do crime com as qualificadores sem que esteja sendo punido duas vezes pelo mesmo crime.*

3. DO FEMINICÍDIO À LUZ DA PANDEMIA DO COVID-19

O feminicídio é o assassinato de mulheres cometidos em razão do gênero, ou seja, quando a vítima é morta por ser mulher. É um crime de ódio baseado no gênero que vem se registrando durante muito tempo cujos praticantes, em sua maioria, são ex-companheiros ou os atuais esposos das vítimas.

Tal crime atinge a dignidade da mulher e o Brasil por sua vez, não é um país seguro para uma mulher morar, tendo em vista que, a cada uma hora, uma mulher morre. Assim, faz-se necessária a intervenção Estatal a fim de que essas mulheres sejam mais protegidas.

Com a pandemia da Covida-19, o contato entre agressor e vítima se estreitou ainda mais, aumentando, assim, os casos de feminicídio.

O feminicidio, crime especifico praticado contra mulheres pela sua condição de mulher, teve um registro de aumento de casos durante essa pandemia, o que leva os especialistas à conclusão de que tem havido subnotificação de casos de violência contra a mulher (AGÊNCIA BRASIL, 2021).

Durante a pandemia, umas das medidas para se evitar o alastramento do vírus foi a implementação do trabalho em casa, mais conhecido como home office, bem como o fechamente de muitos locais de atividade de grande aglomeração, sem falar nos lockdowns, e com a soma disso tudo, automaticamente, o brasileiro foi ficando recluso em seu lar, lar este que deveria ser local seguro para as mulheres.

Porém, os registros mostram o contrário e assim sendo, ficou mais facil do agressor cercear o acesso da mulher aos meios de denuncia das agressões, seja por telefone, aplicativos ou outros meios cabiveis.

Por conta disso, entende-se que as ocorrências envolvendo a violência doméstica deveria ser bem maior, possibilitando assim que as autoridades competentes pudessem agir evitando o crime de feminicio.

De acordo com a professora Alessandra Teixeira

> Se a mulher não consegue relatar e obter respostas no primeiro ciclo da violência, nos primeiros níveis desse ciclo, a gente sabe que os quadros obviamente se agravam para feminicídio, que é o ponto final desse círculo. Fica evidente que de fato houve sim essa diminuição do acesso a mulher aos meios de denuncia de vilencia, como os números a seguir corroboram.

De acordo com pesquisadoras, em artigo divulgado pela Agência Bori, houve aumento de 1,9% dos feminicídios e de medidas protetivas em muitas delegacias e a diminuição de 9,9% de registros policiais de casos de violência contra a mulher, em relação a 2019. (AGÊNCIA BRASIL, 2021).

Já em São Paulo, de janeiro a abril de 2019, foram registrados 55 casos de feminicídio no estado. No mesmo período de 2020, foram 71 registros.

Em 2021, foram 53 assassinatos de mulheres em razão do gênero, segundo dados da Secretaria de Segurança Pública (SSP).

Em relação às medidas protetivas, foram mais quase 47 mil em 2019 e mais de 52 mil registros em 2020. Nos primeiros quatro meses de 2021, o total já ultrapassa 21 mil, a tendência, portanto, é de crescimento para este ano.

Outros fatores que ajudaram no aumento desses números foram o desemprego, o fechamento das escolas dentre outras medidas, que

acabaram por ajudar nesse distanciamento das mulheres do convívio social reforçando, assim, o que já foi mencionado neste artigo, isto é, essas mulheres acabaram ficando, ainda mais, distantes do acesso aos meios de denúncia e de proteção a elas.

Para que esse quadro mude se faz necessário que tenha uma ação coletiva, sejam de mulheres se ajudando, seja do setor público através de suas iniciativas de prevenção e de combate a essa violência, a fim de que essas mulheres possam ter um acesso mais fácil e menos perigoso aos meios de denúncia e de proteção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O feminicídio é o assassinato de mulheres cometidos em razão do gênero, ou seja, quando a vítima é morta por ser mulher. É um crime de ódio baseado no gênero que vem se registrando durante muito tempo cujos praticantes, em sua maioria, são ex-companheiros ou os atuais esposos das vítimas.

Tal crime atinge a dignidade da mulher e o Brasil por sua vez, não é um país seguro para uma mulher morar, tendo em vista que, a cada uma hora, uma mulher morre. Assim, faz-se necessária a intervenção Estatal a fim de que essas mulheres sejam mais protegidas.

Com a pandemia da Covida-19, o contato entre agressor e vítima se estreitou ainda mais, aumentando, assim, os casos de feminicídio.

O presente trabalho teve como objetivo apresentar fatos sobre o crime de feminicídio, fatores relevantes para a sua criação, conceitos, posicionamentos de alguns grandes nomes envolvidos no combate à violência contra mulher e por fim tratou do aumento desse crime durante a pandemia da COVID-19.

Pode-se observar diante do presente trabalho e dos dados da violência contra a mulher, como tem sido cada vez mais crescente esses números e que mesmo com a criação da Lei Maria da Penha, ainda ficava deficiente a proteção da mulher no que se referia ao crime contra sua vida.

Observa-se também que com a reclusão das pessoas em suas casas com a diminuição dos empregos, ou criações dos serviço home-office, a violência contra a mulher teve uma redução de registro de ocorrência do tipo, porém foi verificado que isso ocorre por conta de omissão forçada, ou seja, elas acabam sendo obrigadas pelo companheiro a não denunciar.

Por fim, os os crimes de feminicídio aumentaram justamente pelo fato do convívio recluso ter aumentado durante a pandemia da COVID-19.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **Feminicídio**. Disponível em: http://agenciapatriciagalvao.org.br/wpcontent/uploads/2017/03/LivroFeminicidio_InvisibilidadeMata.pdf. Acesso em: 11 de junho de 2021.

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **Feminicídio**. Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/pesquisa/mapa-da-violencia-2015-homicidio-de-mulheres-no-brasil-flacsoopas-omsonu-mulheresspm-2015/. Acesso em: 11 de junho de 2021.

AGÊNCIA BRASIL.**Casos de violência doméstica estão subnotificados no Brasil.**Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2021-06/casos-de-violencia-domestica-estao-subnotificados-na-pandemia. Acesso em: 11 de junho de 2021.

BRASIL **Lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 de junho de 2021.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra

as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Lei/L11340.htm.Acesso em: 11 de junho de 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 11 de junho de 2021.

BIANCHINI, Alice. **A Qualificadora do Feminicídio é de Natureza Objetiva ou Subjetiva?** Disponível em: https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/9d6d68f5-6c7c-4528-893c-cca64b529237.pdf. Acesso em 11 de junho de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 455.

O DIREITO DOS IDOSOS E OS DESAFIOS DE SEU EXERCÍCIO NA PANDEMIA DE COVID-19

Ana Paula de Souza Oliveira[11]
Reinara Notim de Souza[12]
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro[13]

INTRODUÇÃO

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS, 2005), idoso é todo indivíduo com idade igual ou superior a 60 anos para países em desenvolvimento ou 65 anos, no caso de nações desenvolvidas, sendo que a OMS (2005) cita que para se ter qualidade de vida, um dos componentes indispensáveis é o estilo de vida adotado pelas pessoas, sendo respeitadas em sua totalidade.

O processo de envelhecimento ocorre gradativamente e não é reversível, provocando uma perda funcional de forma progressiva no organismo. Esse processo tem como características, diversas alterações orgânicas, como a redução do equilíbrio e da mobilidade, das capacidades fisiológicas (respiratória e circulatória) e modificações psicológicas (maior vulnerabilidade à depressão) (NAHAS, 2006).

Considera-se que o processo de envelhecimento é marcado por uma possível elevação da frequência de doenças crônico-degenerativas, como doenças cardiovasculares, respiratórias, distúrbios no trato gastrintestinal e perturbações psicológicas (SPIRDUSO, 2005).

11 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé. Estagiária do Ministério Público de Minas Gerais. **anapolisou03@outlook.com**.

12 Assistente Social- Centro de Referência Especializado de Assistência Social -CREAS e Unidade de Acolhimento Adulto-Muriaé. Pós-graduada em instrumentalidade do Serviço Social- Universidade Cândido Mendes. Pós-graduanda em Saúde Mental--Faceminas. **rnotim@gmail.com**.

13 Professora do Centro Universitário Faminas-Muriaé. Mestra em Direito Processual pela UCP. Especialista em Direito Processual Contemporâneo pela UFRRJ. Advogada. **thaysaaquino@hotmail.com**.

O primeiro caso de infecção por Covid-19 foi notificado em Wuhan, na China, em 31 de dezembro de 2019 e foi declarada a Pandemia Mundial no dia 11 de março de 2020 (SANTANA & HAMMERSCHMIDT, 2020).

No ano de 2020, em âmbito mundial, há 1,1 bilhão de idosos. Os dados do Covid-19 apontam taxa maior de mortalidade entre os indivíduos com 80 anos ou mais, em que 14,8% dos infectados vieram a óbito, sendo 8,0% entre os idosos de 70 a 79 anos e 8,8% entre os de 60 a 69 anos (destaca-se taxa 3,82 vezes maior que a média geral), reforçando tais apreensões com a população idosa (SANTANA & HAMMERSCHMIDT, 2020).

O objetivo da realização desse trabalho é analisar o direito dos idosos e os desafios de seu exercício na pandemia de Covid-19, sendo que para isso aplicou-se como metodologia a realização de revisão bibliográfica através de artigos científicos e livros relacionados aos objetivos traçados.

Vale ressaltar que de acordo com Santos (2001), entende-se por pesquisa bibliográfica a revisão da literatura que se refere às teorias principais que norteiam o trabalho científico, sendo que essa revisão pode ser chamada de levantamento bibliográfico ou ainda de revisão bibliográfica, podendo ser realizada em artigos científicos ou de jornais, livros, e também sites da Internet e periódicos.

Com a leitura destes materiais, obteve-se o levantamento de ideias e reflexões relacionadas ao direito dos idosos e os desafios de seu exercício na pandemia de COVID-19 e assim, selecionou-se as principais ideias que foram apresentadas no decorrer deste trabalho.

No quadro 1 estão retratados os métodos de pesquisa realizados:

Quadro 1: Metodologia desenvolvida

Método	Tipo de pesquisa	Maneira de tratamento dos dados obtidos
Pesquisa Bibliográfica	Qualitativa descritiva	Análise de conteúdos obtidos na pesquisa bibliográfica

Fonte: Gil (2010, p. 44)

2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DOS IDOSOS

São declaradas idosas nos países subdesenvolvidos, aquelas pessoas que possuem 60 anos ou mais, enquanto que, nos países desenvolvidos, as pessoas denominadas idosas são aquelas que possuem idade igual ou superior à 65 anos, de acordo com a Organização das Nações Unidas. É importante salientar que a OMS (2005) associa o termo "ativo" não somente à capacidade de estar fisicamente ativo. Assim, o envelhecimento ativo tem como objetivo "aumentar a expectativa de uma vida saudável e a qualidade de vida para todas as pessoas" que se encontram neste processo (OMS, 2005, p. 13).

Por isso, a OMS (2005) advoga que os projetos de envelhecimento ativo, os programas e as políticas que promovam a saúde mental e relações sociais são tão importantes como as atividades que melhoram as condições físicas de saúde. O envelhecimento ativo também preconiza que as pessoas idosas participem na sociedade de acordo com as suas necessidades, desejos e capacidades. Para além disto, também propicia proteção, segurança e cuidados adequados quando necessários (OMS, 2005).

Tem-se que em 1999, as pessoas idosas eram 12% da população mundial e 9,05% da população brasileira e em 2020 aproximadamente 13% da população brasileira (SANTANA & HAMMERSCHMIDT, 2020).

Segundo Nascimento (2003, p.31), em 2025, o país será o sexto mundial em quantidade de pessoas na terceira idade, demandando necessidade de cuidados especiais com essa população.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) consolidou o Estado Democrático de Direito assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, assim como o bem-estar, a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e ainda a justiça, tendo a fraternidade, o não preconceito e o pluralismo como valores de sua sociedade, conforme o disposto em seu preâmbulo.

Em relação aos direitos da pessoa idosa, a CF/88 em seu artigo 1º, inciso III, trás o princípio fundamental na defesa dos mesmos, "a dignidade da pessoa humana". Somado a isso, instituiu à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparo às pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, conforme a redação do artigo 230, caput.

No âmbito infraconstitucional, a Lei Nº 10.741, de 2003, dispõe sobre o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, elencando em seu bojo direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, prevendo prioridades, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Ainda, a Lei Nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994, narra sobre a Política Nacional do Idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso, coma finalidade de assegurar os direitos sociais da pessoa idosa, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade (MARTINS & AGUIAR, 2020).

Na atualidade, o Estatuto do Idoso, criado pela Lei n.º 10.741, de 01 de outubro de 2003, estabelece prioridade absoluta as normas protetivas ao idoso, elencado novos direitos e estabelecendo mecanismos de proteção específicos (BRASIL, 2003).

Os principais direitos do idoso encontram-se no artigo 3º do Estatuto, o qual preceitua que:

> Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitário (BRASIL, 1994).

De acordo com Franco (2004): "A Lei fala em obrigação e não em faculdade que têm a família e as entidades públicas em assegurar esses direitos ao idoso. Se a família não tiver condições para socorrê-lo o poder público o substituirá dentro da sua possibilidade.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DOS IDOSOS

Com o propósito de abordar com clareza a temática:

> O Idoso em situação de risco é aquele que tem seus direitos ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; ou em razão de sua condição pessoal. (RIBEIRO, 2016, p 42).

Esse órgão tão importante, o Ministério Público, atua na linha de frente de modo a proteger os interesses difusos e coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos desse grupo tão fragilizado, os idosos.

A função do Ministério Público em relação à proteção dos direitos do idoso é prevista, em primeiro lugar, pela CF/88, devendo

para tanto, o Ministério Público de cada comarca exercer atuação com prioridade em defesa dos direitos do idoso (UVO, 2004).

As funções que competem ao Ministério Público para a defesa dos direitos e para as garantias constitucionais do idoso, através de medidas administrativas e judiciais, estão abordadas no artigo 129 da CRFB/88, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n.º 8.625/1993), assim como na Leis Orgânicas do Ministério Público dos Estados.

Aborda Mazzilli (2004, p. 2-3):

> Da mesma forma que um dia ocorreu com a defesa do meio ambiente, do consumidor, da pessoa portadora de deficiência, da criança e do adolescente, chega agora a vez do Ministério Público voltar sua atenção para a tutela jurídica das pessoas idosas.

A vocação institucional do Ministério Púbico de proteção da pessoa idosa decorre dos artigos 127, caput, 129, II e III e 230 da CF, art. 97 da CF e art. 25, VI, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, além das disposições das leis orgânicas estaduais.

A intervenção ocorrerá decorrente de alguma ação de interesse público, nas quais o Ministério Público poderá exercer a função de parte ou como fiscal da lei.

Se verificada a situação de risco do idoso, a figura do Promotor de Justiça deverá buscar a aplicação de uma das Medidas de Proteção e outras medidas vitais para resguardar a vida do supracitado. O Estatuto do Idoso, de modo excepcional, expõe em seu artigo 45 os mecanismos de defesa e cuidado para salvaguardar a integridade dos idosos frente a situações perigosas.

As medidas de proteção elencadas no artigo 45 do Estatuto do Idoso, dispõe sobre a possibilidade de encaminhamento à família ou curador; orientação, apoio e acompanhamento temporários; requisição para tratamento de saúde do idoso, em regime ambulatorial,

hospitalar ou domiciliar; inclusão em programa de auxílio, orientação e tratamento a usuários e dependentes de drogas lícitas ou ilícitas ao próprio idoso ou pessoa de sua convivência; abrigo em entidade; abrigo temporário e o distanciamento do agressor da residência/lar do idoso.

Se o imbróglio não for mitigado de modo administrativo, faz-se mister o acionamento do Poder Judiciário. O Promotor competente também poderá ajuizar Ação de Interdição, buscando um cuidador competente, denominado curador, para dar os cuidados primordiais a saúde física e mental do idoso, no caso do mesmo se encontrar abandonado ou em casos em que a família é negligente e omissa. Ademais, em caso de desacordo no cumprimento da medida administrativa imposta, poderá o Promotor aplicar a Medida de Proteção ao Idoso através de ações judiciais.

Se encontram expressas no Estatuto do Idoso as atribuições que são conferidas ao órgão do Ministério Público, como a legitimidade para se requer e determinar medidas de proteção, a fiscalização das entidades governamentais e não-governamentais de atendimento ao idoso, entre outras elencadas no artigo 74 do mesmo estatuto, conforme dispõe: "Art. 74. Compete ao Ministério Público: I - instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso."

> Grande parte do trabalho consiste em promover o encaminhamento de idosos e programas públicos de acompanhamento na esfera da saúde ou da assistência social, ou fazer com que as famílias cuidem melhor de seus idosos, não havendo necessidade de medidas judiciais. (RIBEIRO, 2016, p. 46).

Com o fito de salvaguardar os direitos dos idosos, o Ministério Público entrará com uma ação civil púbica, valendo-se do inquérito civil para apuração dos fatos.

> II - promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco (BRASIL, 2003).

Cabe ao Ministério Público, promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial.

Atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei (BRASIL, 2003).

> A substituição processual é uma forma de legitimação extraordinária que consiste na possibilidade de alguém, autorizado por lei, atuar em juízo como parte, em nome próprio para a defesa de interesse alheio. O titular do direito de ação (como autor e réu) denomina se substituto processual, e o titular do direito matéria defendido pelo substituto é denominado substituto." (RIBEIRO, 2016, p. 234-235).
>
> IV - promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta Lei, quando necessário ou o interesse público justificar; O Ministério Público em toda sua magnificência poderá tornar nulo esse instrumento procuratório, caso reste comprovado abuso e desvio de finalidade de modo a prejudicar o idoso (BRASIL, 2003).

É evidente que o Ministério Público constatando a situação de risco do idoso poderá:

> **V** - instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo" nas hipóteses em que a lei delimita: "expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar; requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias; e por fim, requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas;
> **VI** - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso (BRASIL, 2003).

Esses mecanismos supracitados, são de total relevância para a apuração de atos ilícitos que atentem a vida dos idosos.

"VII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis" (BRASIL, 2003).

> Reiterando mais uma vez, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, incorporada em nosso ordenamento com status de emenda constitucional, Lei n. 7.853/89, Lei n. 10.098/2000, entre outras, eleva a relevância do papel institucional do Ministério Público na tutela da pessoa idosa, com a possibilidade de utilização de todos os meios judiciais e extrajudiciais previstos não só neste estatuto, mas em todo o ordenamento jurídico, ainda mais quando a condição de pessoa idosa venha associada a outra, por exemplo, de deficiência física ou sensorial, quando incidirão as normas protetivas deste segmento social (RIBEIRO, 2016, p. 245).

> **VIII** - inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;
> **IX** - requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços de saúde, educacionais e de assistência social, públicos, para o desempenho de suas atribuições " (BRASIL, 2003).

Para uma efetiva segurança nesses direitos, o Ministério Público atuará em parceria com as autoridades policiais que se façam necessárias para corrigir determinada irregularidade.

> **X -** referendar transações envolvendo interesses e direitos dos idosos previstos nesta Lei.
> § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuser a lei.
> § 2º As atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade e atribuições do Ministério Público.
> § 3º O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a toda entidade de atendimento ao idoso. (BRASIL, 2003).

Cumpre esclarecer que, para que o Ministério Púbico possa intervir é imperativo que o idoso se encontre prejudicado pelas ações previstas no artigo 43 do Estatuto do Idoso. Dessa forma, deve o Ministério Público protegê-los nas hipóteses em que eles se encontrem violados ou ameaçados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; e em razão de condição pessoal.

Destaca-se aqui que nos processos, procedimentos que não fazem parte, o Ministério Público atuará obrigatoriamente na defesa

dos direitos e interesses da lei, ao contrário, deverá ser decretada a nulidade do feito. Ainda, havendo desistência ou abandono de ação civil pública por associação legitimada, o Ministério Público, deverá assumir a titularidade ativa. (UVO, 2004, p.3).

O Ministério Público apresenta legitimidade conferida pela CRFB/88 para propor Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), assim como praticar todos os atos que forem necessários a garantia dos interesses difusos ou coletivos dos idosos. Já a transação de alimentos poderá ser homologada pelo Promotor de Justiça, a qual terá efeito de título executivo extrajudicial. Tem-se que a fiscalização dos estabelecimentos que abrigam os idosos em regime asilar, consiste em uma das mais importantes atribuições do Ministério Público, já que deve ser observada a condição especial de vida o idoso como pessoa frágil (UVO, 2004, p.3).

4. A CRESCENTE NA VIOLÊNCIA E NEGLIGÊNCIA CONTRA OS IDOSOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Em seu estudo, Schimidt e Silva (2012) encontraram atribuições distintas ao envelhecimento. Enquanto para alguns participantes da pesquisa este é tido como um processo fisiológico e natural, inerente à evolução da vida, para outros o envelhecer envolve perdas, isolamento, desgaste e preconceito.

Ao analisar colocação de autores em artigos científicos, pode-se perceber que as concepções sobre a velhice são variadas e muitas vezes contrapõem-se.

Para Maia e Perurena (2008), a recente preocupação com a transição demográfica brasileira e com a melhoria da qualidade de vida das pessoas idosas tem provocado a revisão de estereótipos até então relacionados ao tema. Esta mudança acarreta o deslocamento dos aspectos negativos, anteriormente associados pelo discurso gerontológico a essa etapa, para enfatizar o desenvolvimento de novas imagens relacionadas ao envelhecimento, estimulando um novo

modo de envelhecer, procurando demonstrar que é possível ter um envelhecimento adequado e bem-sucedido através da adoção do novo estilo de vida da terceira idade.

Já para Ribeiro (2011) o envelhecimento não deve ser considerado como um período de perdas e incapacidades, pois muitos idosos podem ter a sua capacidade funcional preservada. O importante é a maneira como os indivíduos percebem e lidam com as situações da vida e com as transformações do envelhecimento, a qual determina, em grande parte, a pessoa ter uma velhice saudável ou não.

Fatores como exercícios, alimentação, exposição a situações, educação e ainda a posição social podem influenciar de forma direta a qualidade do envelhecimento, muitas vezes não respeitado durante o período de pandemia de Covid-19 (MARTINS & AGUIAR, 2020).

De acordo com os dados expostos no Portal G1 (2021) a quantidade de denúncias de violência e de maus tratos contra o idoso no Brasil durante a pandemia da Covid-19 aumentou cerca de 59%. É fulcral pontuar que a crescente no aumento no número de caso de violência e denúncias de violência contra a pessoa idosa, é alavancada pelas inúmeras vulnerabilidades que esse grupo social está exposto.

Muitos são os fatores motivadores para tal ação, são eles: o ciclo de violência Intergeracional – crianças que foram violentadas, quando adultas podem propiciar maus trato aos pais ou avós; dependência – alto grau de dependência em todos os sentidos (psicológico, físico, econômico); estresse do cuidador pela dependência do idoso e pela ausência de rede de suporte familiar mais ampla e o isolamento social – pessoas idosas que vivem sozinhas são menos propensas a serem violentadas, no entanto, podem ser negligenciadas ou auto – negligenciadas (GODIM; COSTA 2006; MACHADO; QUEIROZ, 2006).

Em sua grande maioria os idosos são submetidos a uma vida precária e insalubre, tendo como renda proventos advindos de benefícios e aposentadorias, que se fazem insuficiente perante as suas necessidades básicas. É de grande valia ressaltar que esses proventos, muitas das vezes, são utilizados para sustentar uma família inteira, e

ainda assim dada a situação pandêmica, a violência e negligência vem principalmente do seio familiar.

Nesse viés, o abuso financeiro que, antigamente, era restrito às famílias de muitas posses, hoje atinge, cada vez mais, camadas menos privilegiadas da população e traz consequências desastrosas para os idosos. Pode-se acrescentar que as pessoas idosas podem viver em isolamento social e solidão, mesmo quando vivem acompanhadas com familiares ou outros indivíduos, situação esta evidenciada no período de pandemia. É comum o surgimento de pessoas que, dizendo ter a intenção de auxiliar o idoso nas questões previdenciárias, lhes tomam o pouco dinheiro que dispõem, se apropriam da ingenuidade desses idosos, aprisionando-os para se aproveitar de sua própria torpeza (MEDEIROS, 2005).

Diante dessa pauta, faz-se mister o conhecimento do artigo 3º do Estatuto do Idoso que tem como fulcro expor sobre os cuidados e direitos dessa população tão fragilizada, "É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária". (grifos nossos);

Confirmando essa tese, os dados disponibilizados no Portal Eletrônico do Governo Brasileiro (2021) trazem à tona essa realidade temerária:

> As pessoas idosas são a segunda parcela da população mais vulnerável à violência, atrás apenas das crianças e adolescentes. As denúncias de violações contra esse grupo representam 30% do total recebido pelo Disque 100 em 2019. Foram contabilizados 48,5 mil registros referentes ao grupo. Na maioria dos casos, a violência contra a pessoa idosa é praticada por alguém da família como filhos, netos, genros ou noras e sobrinhos. Esses parentes aparecem em 83% dos casos.

> "A família está sendo o palco principal dessas violências", ressaltou o secretário. A mulher, de cor branca, com idade entre 76 e 80 anos e ensino fundamental incompleto é a principal vítima de violência. O suspeito é, predominantemente, a mulher, de cor branca, com idade entre 41 e 60 anos e nível fundamental incompleto. A violação contra pessoas idosas que concentra o maior volume é a negligência, com 38 mil registros, quase 80% do total, seguida de violência psicológica (24%), abuso financeiro (20%), violência física (12%) e violência institucional (2%). "Nem sempre o aumento da denúncia corresponde ao ato de ter cometido a violência, mas é importante que as denúncias ocorram porque isso mostra que a comunidade está preparada para denunciar esses casos no Disque 100 do Ministério da Família, Mulher e Direitos Humanos", explicou Costa. (BRASIL. Presidência da República. Disponível em: https://www.gov.br/pt-br. Acesso em: 15/06/21.)

Para que os idosos não sejam submetidos a tamanho descaso e covardia, o Estatuto do Idoso, brilhantemente, vem em seu artigo 4º estabelecer punições aos indivíduos que cometem atos de violência e atentam contra a vida dos mesmos, dispondo que: "Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.".

Situações que evidenciaram os idosos na pandemia, como campanhas de "fique em casa" também afetaram as relações familiares, gerando conflitos intergeracionais, principalmente devido às medidas que foram adotadas pelos familiares para impor o distanciamento social.

É importante e urgente definir e defender que o distanciamento social não caracteriza abandono, porém, cada família em conjunto

com seu idoso precisa refletir, discutindo de forma sadia as estratégias importantes para seu contexto visando proteger a saúde de todos sem agressões físicas nem verbais. No atual momento de pandemia COVID-19, o diálogo, a compreensão e o afastamento físico, refletem ato de amor, carinho, prevenção e consideração, além de constituir estratégia de proteção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia COVID-19 ressignificou muitos comportamentos, gerando aprendizados, condutas, conhecimentos e aproximou a comunidade do meio científico, uma vez que, para o controle, fazem-se necessárias mudanças nos comportamentos individuais e coletivos.

Muitos idosos ainda não descobriram que são os atores protagonistas para a efetivação de seus direitos, sendo para que isto aconteça é fundamental a conscientização de todos envolvidos, dos operadores jurídicos da sua importância, e ainda dos próprios idosos, sendo que estes, ao conhecerem seus direitos, torna-se possível exercê-los e reivindicá-los.

Destacou-se neste trabalho que outro aprendizado deste período de pandemia é o cuidado e atenção para com os idosos, através de estratégias de apoio, alertando-se para sinais e sintomas. Mesmo os idosos que moram sozinhos, precisam contar com pessoas de confiança que são referência para colaborar com suas necessidades, sentimentos ou também relatos de saúde ou doença. Além de ser uma boa oportunidade de ressignificar os vínculos com as pessoas idosas, também são indispensáveis atitudes de respeito e consideração com elas.

Assim, o objetivo deste trabalho foi alcançado abrindo-se perspectivas no que tange a novas pesquisas relacionadas a este assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUMENTA número de denúncias de violação aos direitos de idosos durante pandemia. GOV.BR, 15 jun. 2020. Disponível em:< https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/06/aumenta-numero-de-denuncias-de-violacao-aos-direitos-de-idosos-durante-pandemia >. Acesso em: 14 de jun. 2021.

BRASIL. Lei n.º 8.842 de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/legisla/fed_leidec/lei_federal/1994/lf8842_94.htm>. Acesso em: 15 jun 2021.

BRASIL. Lei n.º 10.741 de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http:\\ www.mp.sc.gov.br/legisla/fed_leidec/lei_federal/2003/lf10741.htm>. Acesso em: 15 jun 2021.

FRANCO, P. A. **Estatuto do Idoso Anotado.** São Paulo: LED, 2004. 169 p.

FONTAINE, R. **Psicologia do envelhecimento.** Lisboa: Climepsi Editores, 2000.

GODIM, R.M.F.; COSTA, L.M. **Violência contra o idoso**. In: FALCÃO, D.V.S.; DIAS, C.M.S.B. (Eds.), Maturidade e velhice: Pesquisa e intervenções psicológicas (Vol. 1, p.169-191). São Paulo, SP: Casa do Psicólogo, 2006. Apud. FERNANDES, Daniela Rodrigues. Determinantes e consequências da violência contra idosos: Revisão da literatura. Disponível em:< https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/4653.pdf>. Acesso em: 10 de jun. 2021.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** São Paulo: Atlas, 2010.

Luder, Amanda. **Cresce 59% o número de denúncias de violência contra o idoso no Brasil durante a pandemia da Covid-19.** G1, 29 de out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/10/29/cresce-59percent-o-numero-de-denuncias-de-violencia-contra-o-idoso-no-brasil-durante-a-pandemia-da-covid-19.ghtml>. Acesso em: 15 de jun. 2021.

MACHADO L.; QUIROZ, Z.V. **Negligência e maus-tratos.** In: FREITAS, E.V.;PY, L.; NERI, A.L.; CANÇADO, F.A.X; GORZONI, M.L.; ROCHA, S.M (Org.) Tratado de geriatria e gerontologia. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 2006. p. 1152-1159. Apud. FERNANDES, Daniela Rodrigues. Determinantes e consequências da violência contra idosos: Revisão da literatura. Disponível em:< https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/4653.pdf>. Acesso em: 10 de jun. 2021.

MAIA, G. F. da; PERURENA, F. C. V. **Corpo, velhice e saúde: formas de viver e ser na velhice**. Fazendo Gênero 8 – Corpo Violência e Poder, Florianópolis (SC), ago., 2008.

MARTINS, J. J. et al. **Necessidades de educação em saúde dos cuidadores de pessoas idosas no domicílio**. Texto contexto - enferm., Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 254-262, Jun.2007.

MARTINS, P. F. M; AGUIAR, T. A. **Direitos da pessoa idosa no Brasil: uma revisão sistemática.** Revista Humanidades e Inovação. v.7, n.2 - 2020.

MAZZILLI, H. N. **A Pessoa Idosa e o Ministério Público.** 2004. Disponível em: <http://www.femperj.org.br/artigos/prev/prev02.htm>. Acesso em: 18 jun 2021.

NAHAS, M. V. **Atividade física, saúde e qualidade de vida**: **Conceitos e sugestões para um estilo de vida ativo.** 4. ed. Londrina: Editora Mediograf, 2006.

NARDI, E. D. F. R.; SANTOS, L. M. R.; OLIVEIRA, M. L. F.; SAWADA, N. O. **Dificuldades dos cuidadores familiares no cuidar de um idoso dependente no domicílio.** Ciênc Cuid Saúde. 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Envelhecimento ativo: uma política de saúde**. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 2005.

RIBEIRO, Ó.; PAÚL, C. **Manual de envelhecimento.** Lisboa: Lidel Edições Técnica, Lda, 2011.

SANTANA, R. F. HAMMERSCHMIDT, K.S.A. **Saúde do idosos em tempos de pandemia Covid-19**. Cogitare enferm. 25: e72849, 2020.

SANTOS, A. R. **Metodologia científica: a construção do conhecimento**. 4.ed. Rio de Janeiro, RJ: DP&A, 2001. 144p.

SCHIMIDT, T. C. G.; SILVA, M. J. P. **Percepção e compreensão de profissionais e graduandos de saúde sobre o idoso e o envelhecimento humano**. Rev. Esc. Enferm. USP, São Paulo (SP), v. 46, n. 3, p. 612-7, 2012.

SPIRDUSO, W. W. **Dimensões físicas do envelhecimento**. Barueri: Manole, 2005.

SIMÕES, R. **Corporeidade e Terceira Idade.** A Marginalização do Corpo Idoso, São Paulo: Unimep, 1994.

UVO, R. T. **A atuação do Ministério Público na proteção dos direitos do idoso**. Anais da Semana de Divulgação Científica do Curso de Direito. Itajaí: Univali, 2004. 390p.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Et al. **Comentários ao estatuto do idoso**. São Paulo: SARAIVA, 2016.

O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO E AS RELAÇÕES JURÍDICAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Wleidice Ferreira Dornellas[14]
Sarah Rúbia Alves Amorim[15]
Danielle Caroline Campelo Silva[16]

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o direito sucessório do companheiro, bem como a importância da realização do contrato de namoro na pandemia. Para tal finalidade, será realizado uma pesquisa em doutrinas e jurisprudências, bem como a exposição da legislação vigente.

Assim, antes é necessário fazer um estudo da evolução histórica do tratamento do companheiro no direito brasileiro, visto que antes da Constituição Federal de 1.988, não se considerava a relação que não advinda do casamento como legítima, sendo denominada como concubinado. Inicialmente não se tinha uma proteção prevista em lei, fato esse que na época foi sendo suprido aos poucos com posicionamentos dos Tribunais.

14 Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas. E-mail: leidinha_dornellas@hotmail.com

15 Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas. E-mail: rubisarah15@gmail.com

16 Advogada e professora do Curso de Direito, Administração e Ciências Contábeis do Centro Universitário Unifaminas – Muriaé, Mestre em Direito pela PUC/MG, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Newton Paiva e Direito do Trabalho pela Faculdade Cândido Mendes. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/MG, Associada da Associação Mineira de Professores de Direito Civil – Ampdic. Foi coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana (Unopar-Pitágoras) – Unidade Paragominas/PA. E-mail: daniellecampelo.advogada@gmail.com

Outrossim, essa situação mudou de fato com a Constituição Federal de 1.988 (BRASIL, 1.988) que passou a reconhecer outros tipos de família, que não formadas pelo casamento, sendo uma delas a união estável.

Dessa forma, após a Constituição tirar da marginalidade as relações entre companheiros, houve a edição de algumas leis infraconstitucionais, regulamentando os direitos ao companheiro. Contudo, será abordado que com Código Civil de 2.002 (BRASIL, 2.002), no tocante ao direito sucessório, retrocedeu no tratamento do companheiro, situação essa que chegou ao Supremo Tribunal Federal no ano de 2.017.

Ademais, após passar por todos esses temas, será explanado como o companheiro vem sendo tratado no ordenamento jurídico brasileiro, para, por fim, expor situações peculiares que foram reflexos da pandemia do Covid-19, pontuando-se, as relações jurídicas e o contrato de namoro em tempos de pandemia.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL

Na Antiguidade, a união entre homem e mulher sem o vínculo marital não era algo reprovável, sendo bem comum. Já no Brasil, essas relações eram altamente reprováveis e chamadas de concubinato. Nunca foi considerado crime, mas sempre deixaram a margem dos direitos de família e sucessões seus membros, até mesmo a prole, era chamada de ilegítima.

Assim, o concubinato é considerado a união entre homem e mulher, que não podiam ou queriam se casar. Ademais, a doutrina dividia o concubinato em puro e impuro. No primeiro, as pessoas podiam se casar, mas viviam no que hoje é a união estável. Por outro lado, o concubinato impuro era formado por pessoas que não podiam se casar ou porque tinham algum impedimento ou porque já eram casadas, visto que até 1.977, o casamento era considerado indissolúvel. Sendo comum pessoas que já eram casadas se unirem com outras, sem dissolver o vínculo.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2.019) explica que os chamados concubinatos não consistiam somente na união daqueles que escolheram não contrair matrimônio, mas também daqueles que mantinham vida marital que não poderia ser reconhecido legalmente. Outrossim, no Código Civil de 1.916 (BRASIL, 1.916), o casamento era a única forma de constituição familiar, constituindo uma família legítima. Portanto, as famílias que eram formadas fora do vínculo estabelecido pelo Estado, eram famílias ilegítimas, logo, sem proteção legal.

Dessa forma, a jurisprudência teve importante participação na criação de direitos para as uniões de fato. O Supremo Tribunal Federal, na época, editou duas Súmulas (380 e 382), conferindo os primeiros direitos ao concubinato: partilha de patrimônio e a dispensabilidade de vida sobre o mesmo teto para sua configuração.

A situação mudou efetivamente com a Constituição Federal de 1.988, como bem explicam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2.019), foi a partir dela que o direito brasileiro reconheceu a união estável como modalidade familiar. Isso ocorreu por meio do art. 226, §3º da CF/88 (BRASIL, 1.988), que regulamentou o concubinato puro, passando a ser chamado de união estável, evitando preconceitos com seus membros.

Hoje em dia, quase todos os direitos da união estável se igualam aos do casamento. Posteriormente a lei maior, duas leis que regulamentaram alguns pontos sobre a união estável. A Lei 8.971/94 (BRASIL, 1.994), tratou dos direitos à alimentos e sucessórios, estabelecendo alguns requisitos para a configuração da união estável: companheiros solteiros, divorciados ou viúvos, convivência mínima de 05 anos ou existência de filhos em comum.

Em seguida a Lei 9.278/96 (BRASIL, 1.996), retirou os requisitos acima, configurando a união estável como entidade familiar composta por homem e mulher, com convivência duradoura, pública e continua, que visam constituir família. Confirmou-se os direitos sucessórios, inclusive usufruto e direito real de habitação.

Por último, o Código Civil de 2.002 (BRASIL, 2.002) trouxe alguns dispositivos sobre a união estável, tendo em alguns aspectos um retrocesso e algumas polêmicas, como será abordado em seguida. Salienta-se que, hoje em dia, a união estável não é somente homem e mulher, sendo amplamente reconhecida entre pares iguais.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CC/02 E O ENTEDIMENTO DO STF

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2.002), em claro retrocesso aos avanços pontuados anteriormente, retirou o tratamento igualitário entre cônjuges e companheiros, com a previsão do art. 1.790, aduzindo que o companheiro concorre com os descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau (herdava apenas 1/3).

Desse modo, a evolução histórica, constitucional e de leis ordinárias, foi simplesmente ignorada, retrocedendo nos direitos adq+uiridos ao longo dos anos. Flávio Tartuce (2.019), evidencia que essa norma foi introduzida de forma tão errônea porque a união estável em si foi incluída no Código Civil de 2.002, quase no final de sua elaboração.

Dessarte, o caput do artigo estabeleceu que o companheiro só participaria da sucessão do morto, no que diz respeito aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, os chamados aquestos. Os bens particulares, os recebidos por herança ou doação, o companheiro supérstite não teria direito, nem por meação, nem por direito sucessório.

Diante de todo o exposto, começou-se a discutir sobre a constitucionalidade do art. 1.790 do CC/02 (BRASIL, 2.002), discussão essa que movimentou a doutrina e os Tribunais Estaduais, até que chegou ao STF. No ano de 2.017, por meio do RE 878.694/MG (BRASIL, 2017), com a repercussão geral reconhecida, o art. 1.790 foi declarado inconstitucional, aplicando-se na sucessão do companheiro o art. 1.829 e 1.832, ambos aplicados à sucessão do cônjuge:

> Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002". (STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, publicado no Informativo n. 864 da Corte).

A eficácia temporal desta decisão foi modulada para evitar inseguranças jurídicas, pois vários inventários já haviam finalizado

desde o início de vigência do Código em 2.003. Assim, modulou o efeito da decisão para aqueles que não haviam transitado em julgado e para os feitos em cartório, que não houvessem escritura pública lavrada.

3.1 O COMPANHEIRO NO DIREITO BRASILEIRO

Diante de todo exposto sobre a temática, percebe-se que após Recurso Extraordinário 878.694/MG (BRASIL, 2.017), ao companheiro e cônjuge hétero ou homoafetivo, aplicam-se as regras previstas no art. 1.829 e 1.832 do CC/02, inclusive no que concerne à base de cálculo e os percentuais. Portanto, o companheiro não concorre mais com os colaterais até o quarto grau, recebendo a herança sozinho em caso de ausência de descendentes e ascendentes; tem o direito real de habitação garantido de forma vitalícia e incondicional, não perdendo se constituir nova união estável ou se casar.

Contudo, ainda sobre a tese firmada com base no Recurso Extraordinário 878.694/MG, surgiu uma dúvida do IBDFAM, que era amicus curiae nesta ação, questionando por meio dos Embargos de Declaração, se o art. 1.845 do CC/02 seria aplicado ao companheiro, visto que este artigo prevê que os herdeiros necessários são os descendentes, ascendentes e cônjuge. O STF ao ser questionado, não sanou a dúvida, afirmando apenas, que não foi objeto da ação proposta, que vislumbrava apenas sobre a constitucionalidade do art. 1.790 do CC/02, o qual a corte declarou inconstitucional e declarou que em seu lugar se aplica-se o art. 1.829 do CC/02 (BRASIL, 2002).

Dessa forma, ante o silêncio do STF, por equiparação a doutrina e os Tribunais entendem que o art. 1.845 do CC/02 também se aplica ao companheiro, sendo ele um herdeiro necessário. Assim, conforme explica Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2.019), mesmo que não tenha tese expressa firmada nesse sentido, é uma conclusão lógica aplicar o referido artigo ao companheiro, uma vez que, a ele se aplica o art. 1.829 do CC/02 (BRASIL, 2.002) e todos os direitos sucessórios que concernem ao cônjuge de maneira igual. Contudo,

para os doutrinadores, com o intuito de presar pela segurança jurídica, o melhor seria a regulamentação expressa dessa matéria.

Outro direito que muito se discutiu, refere-se à habitação dos companheiros, que pode ser conceituado como o direito do cônjuge ou companheiro sobrevivente de manter sua moradia no imóvel do casal, sendo garantida a fruição deste. O direito real de habitação independe da meação, do regime de bens e inclusive do direito sucessório. Assim, é requisito que o imóvel seja destinado somente para a moradia do companheiro sobrevivente, não podendo em hipótese nenhuma, destinar o imóvel para algo diferente. Cumpre salientar que este direito é vitalício e só será extinto com a morte do companheiro sobrevivente, ademais este pode vir a constituir nova família, seja por meio da união estável ou casamento, que não interferirá no direito.

O direito real de habitação, previsto no artigo 1.831 do CC/02 (BRASIL, 2.002), foi silente ao tratar do companheiro, porém, todas as informações citadas acima se fazem válidas nos dias de hoje. Por anos, o direito real de habitação do companheiro foi tratado de forma condicionada, a não obtenção de outro relacionamento duradouro, que seja união estável ou casamento. Mesmo de maneira condicionada o direito real de habitação era aplicado, pois regulamentado pela Lei 9.278/96 (BRASIL, 1.996):

> Art. 7º, Parágrafo único. Lei 9.278/96- Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

No que pese toda a evolução do ordenamento jurídico, tamanha injustiça não poderia perdurar. Assim, foi feito um Enunciado 117 na 1ª Jornada de Direito Civil que abarcou o reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro. Devendo ser aplicada a referida lei e, também, a interpretação analógica do artigo 1.831 do CC/02 (BRASIL, 2.002), embasado pelo art. 6º, caput da CF/88 (BRASIL, 1.988).

Todavia, a matéria só foi pacificada quando chegou ao Tribunal Superior, pois, até então a aplicação jurisprudencial era extremamente divergente. Em 2.014, ao chegar no STJ o direito real de habitação do companheiro sobrevivente foi garantido na mesma medida que do cônjuge sobrevivente:

> DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. O Código Civil de 2002 regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando, assim, as leis da união estável, nos termos do art. 2º, §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. Portanto, é descabido considerar que houve exceção apenas quanto a um parágrafo. 2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que não parece verdadeiro pela regra da Constituição Federal. 3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. 4. No caso concreto, o fato de a companheira ter adquirido outro imóvel residencial com o dinheiro recebido pelo seguro de vida do falecido não resulta exclusão de seu direito real de habitação referente ao imóvel em

> que residia com o companheiro, ao tempo da abertura da sucessão. 5. Ademais, o imóvel em questão adquirido pela ora recorrente não faz parte dos bens a inventariar. 6. Recurso especial provido (REsp. 1.249.227/SC).

Posteriormente em 2.017, com o estudado Recurso Extraordinário nº 878.694, ocorreu a equiparação entre cônjuge e o companheiro, não deixando margem para nenhum tipo de dúvida sobre os direitos dos companheiros, seja direito real de habitação ou os demais direitos sucessórios.

4. ESCRITURA NA UNIÃO ESTÁVEL OU CONTRATO DE CONVIVÊNCIA

Conforme todo o exposto, é evidente que a regulamentação sobre a união estável passou por um período vago e obscuro, onde os direitos não eram garantidos e os relacionamentos eram vistos como concubinatos, mesmo que o casal não tivesse nenhum impedimento para se casar formalmente.

A Lei nº 9.278 de 1.996 (BRASIL, 1.996) veio com o intuito de regulamentar a união estável, contendo apenas 10 artigos. É importante salientar que esta, foi criada nos termos do artigo 226, §3º da Constituição da República (BRASIL, 1.988) o qual reconheceu a união estável no ordenamento jurídico brasileiro.

> Art. 226. Constituição da República - 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.

No art. 5º da Lei citada, há a regulamentação do contrato de convivência, tratando dos bens adquiridos na constância da união

estável e o meio de restringir a comunicação do patrimônio a partir de contrato escrito.

> Art. 5° Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. (BRASIL, 1996).

O Código Civil de 2.002, trouxe regulamentação específica perante o tema, em seus artigos 1.723 – 1.727 (BRASIL, 2.002). Com isso, a celebração do contrato escrito tornou-se possível, devendo constar o regime de bens os quais os companheiros querem adotar, respeitando a autonomia privada do casal. Neste sentido, Francisco dos Santos Amaral Neto (2010), afirma que a autonomia privada é a consequência da liberdade conferida pelo ordenamento jurídico aos particulares, que assim, podem reger suas relações.

Contudo, se não houver contrato de convivência, por determinação expressa do Código Civil, será aplicado as regras do regime da comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.725 do CC/02 (BRASIL, 2.002).

Salienta-se que o contrato de convivência pode ser conceituado como um negócio jurídico no meio familiar. Sendo assim, para que possua validade, deve seguir as regras que o Código Civil estabelece para os negócios jurídicos: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei. A capacidade, deve ser observada no que tange a idade núbil, ou seja, mínima de 16 (dezesseis) anos completos. O objeto deverá ser relativo somente a questões patrimoniais. Quanto à forma, não há uma expressa regulamentação da solenidade a ser seguida, mas, deve ser escrito conforme previsão legal anteriormente citada (artigo 5º, Lei 9.278/96 e artigo 1.725 CC/02), sendo possível o registro deste para que possua publicidade. Nesse cerne, Euclides de Oliveira apresenta posicionamento importante no que pese a publicidade:

> Em verdade, o contrato de vida em comum é meio de prova e tem indiscutível relevância não só com relação aos efeitos pessoais e patrimoniais entre os companheiros, mas também em relação a terceiros, em seus atos negociais com aqueles. Por este ângulo, verifica-se que teria sido efetivamente útil o dispositivo legal permissivo do registro do contrato, para sua necessária publicidade, trazendo conforto e segurança aos negócios jurídicos celebrados por pessoas unidas estavelmente. Imagine-se a compra e venda de um imóvel por terceiro que desconheça a situação pessoal do vendedor. Celebrado o ato, sem anuência de eventual condômino-companheiro, mais tarde poderia ser reclamada sua anulação, se reconhecido o direito do meeiro sobre o imóvel alienado (OLIVEIRA, 2000, p. 51-52).

Diante do exposto, nota-se que o único requisito específico cominado em lei, é a forma escrita do contrato de convivência, não sendo admitidas as vontades tácitas, presumidas, ou aquelas ditas verbalmente. Sendo que o Código Civil de 2.002 (BRASIL, 2.002), estabelece o regime de bens da união estável será o da comunhão parcial de bens, contudo, é de livre vontade das partes, optarem por outro que melhor encaixe em sua realidade.

4.1 AS RELAÇÕES JURÍDICAS E O CONTRATO DE CONVIVÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

No final do ano de 2.019 e princípio de 2.020, o mundo se viu assolado por um vírus novo, causando efeitos assoladores em todos os aspectos sociais. A pandemia do COVID-19 é uma realidade que infelizmente, ainda assombra.

No Brasil, os números de mortos já somam mais de meio milhão, e consequência direta disto é a interferência na vida humana. Todas as relações humanas precisaram passar por adaptações. Neste cerne,

é evidente que o ordenamento jurídico como um todo, também foi afetado, uma vez que o direito vem para tratar da realidade social no qual a sociedade está inserida.

Com a implantação do distanciamento social e o mistério que envolve a doença, por não possuir um padrão de risco e nem mesmo idades que podem vir a se agravar decorrente da contaminação, casais que antes viviam separadamente, mas que mantinham relacionamento entre si, passaram a viver sob o mesmo teto. O home office possibilitou que essas relações se intensificassem, pois passaram a trabalhar de casa, não havendo a necessidade de contato com demais pessoas do serviço, nem mesmo o deslocamento até o trabalho, o que diminui a chance de contágio.

Assim, diversos casais decidiram como meio de se manter unidos e seguros, e ao mesmo tempo proteger os seus, morarem juntos. Muitos se juntaram sobre o mesmo imóvel, não com o objetivo de constituir família, mas sim por circunstâncias alheias, tais como economia financeira (CABRAL, SILVESTRE, ROBLES-LESS, 2.020).

O contrato de namoro, diferentemente do contrato de convivência anteriormente detalhado, tem por objetivo delimitar o que o relacionamento que de fato existe, deve ser considerado. Assim, ele afasta os efeitos da união estável, no que se refere aos direitos patrimoniais, regime de bens, partilha, direitos sucessórios, alimentos.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.454.643/RJ apresenta a diferenciação entre namoro simples e qualificado, sendo que o namoro qualificado é confundido com os requisitos objetivos da união estável. Porém, no que se refere ao requisito subjetivo, não se confundem:

> Trata-se, na prática, da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes, que, apesar de apreciarem a companhia uma da outra e, por vezes, até pernoitarem com seus namorados, não têm o objetivo de constituir família (REsp 1454643/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze,

Terceira Turma, julgado em 03/03/2015, DJe 10/03/2015).

O contrato de namoro pode ser definido com o objetivo de prevenção contra riscos e prejuízos que possam vir a surgir do relacionamento que não são constituídos sob o objetivo de formar família, ou seja, apenas namoro sem maiores comprometimentos. Assim, o contrato é celebrado entre as partes que combinam e concordam entre si. (VELOSO, 2.016).

Notório é que os relacionamentos se intensificaram perante a situação vivida atualmente, os casais passam a conviver sobre o mesmo teto por diversos motivos alheios cito, evitar circulação, motivos econômicos, entre outros. Diante da pandemia, os relacionamentos de mero namoro, necessitaram ser expressamente definidos, para que, nos casos em que não é intenção dos pares, o relacionamento não seja confundido com união estável, assim, durante a pandemia os contratos de namoro cresceram exponencialmente.

Logo, evidencia-se que, com o aumento da taxa de mortalidade de forma mais que considerável, o contrato de namoro passou a ser uma alternativa importante para esses casais que não possuem o intuito de construir família. Isso porque, após a morte de um dos indivíduos do relacionamento, o sobrevivente, poderia entrar na justiça pedindo o reconhecimento de união estável para que figure como herdeiro na sucessão, visto que, é fácil atender os requisitos que para constituir união estável, os quais consistem em: relacionamento público e notório, que possua continuidade, duradouro, e com o objetivo de constituir família. Assim, o problema está no requisito subjetivo de constituir família, sendo o que difere os relacionamentos entre uniões estáveis e os namoros. Contudo, por ser elemento subjetivo salienta-se que é de difícil comprovação e por óbvio, complexa a diferenciação.

Dessa forma, ante a essa possível confusão, para evitar que um namoro que somente tinha essa intenção, seja reconhecido como união estável após a morte de um dos namorados, e este venha ser herdeiro do patrimônio, é que se tem a importância do contrato de

namoro pois ele possibilita que os indivíduos deixem claro suas intenções e que se caso um deles faleça, o outro não se torne herdeiro legítimo necessário.

Com o contrato de namoro, situações como a divisão de bens entre um filho do morto e o companheiro, ou entre os pais do morto e o companheiro, são evitadas. Herdando os seus parentes consanguíneos de maneira integral o patrimônio, não ocorrendo a meação ou o direito à herança do companheiro. Ademais, além do direito sucessório, tem-se implicações no direito previdenciário, podendo um companheiro sobrevivente ser declarado beneficiário de pensão por morte, dividindo o benefício com um filho do morto ou mesmo com seus pais, dependentes.

Portanto, cumpre salientar que se não possuírem contrato de namoro, nem contrato de convivência, o companheiro sobrevivente herdaria conforme as regras da comunhão parcial de bens. Ademais, pontua-se que os citados contratos, somente possuem validade se efetivamente refletirem a realidade, não podendo ser utilizados para excluir o companheiro dos direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, foi feita uma breve consideração sobre a união estável, suas características, conceito e evolução histórica. Como foi demonstrado, os direitos dos companheiros passaram por uma grande evolução, até serem equiparados em quase tudo aos dos cônjuges. Assim, foi deixada de lado a denominação de concubinato e passou-se a entender que a união estável é meio legítimo de reconhecer a constituição de família.

Analisados os direitos dos companheiros, no que concerne ao direito sucessório, são equiparados aos direitos advindos do casamento, pois o artigo 1.740 CC/02 foi declarado inconstitucional, aplicando assim, os artigos 1.829 e 1.832 CC/02 para regulamentar todo o direito sucessório. Ademais, o companheiro sobrevivente também possui direito real de habitação, sendo este vitalício e incondicionado.

Para que a união estável seja comprovada, não é necessário um procedimento solene, como é exigido no casamento. Assim, o vínculo do casal e suas intenções são suficientes para que seja provada a união estável. Por isso, o CC/02 determinou que nas uniões estáveis que não prezem pelo contrário, o regime a ser aplicado será o da comunhão parcial de bens, ou seja, se o casal não lavrar em cartório por meio de escritura pública, o contrato de convivência, seu relacionamento será regido pelas regras da comunhão parcial de bens.

Como visto, por não precisar de seguir um rito solene, a união estável pode ser confundida com um namoro. Contudo, para que seja evitado as consequências sucessórias da união estável, muitos casais têm feito um negócio jurídico diverso, que é o contrato de namoro. Neste, é explicitado o animus do casal, ou seja, por mais que estejam em união pública, notória e duradoura, o objetivo não é de constituir família. E assim, por expressa vontade dos envolvidos, não deve ser aplicado o regime de comunhão parcial de bens e sim, valer as regras do contrato de namoro.

Diante da pandemia do COVID-19 os índices de morte crescentes e as medidas de isolamento social, afetaram diretamente a vida de diversos casais, aqueles que optaram por viver na mesma casa, por questões de segurança sem o objetivo de constituir família, tem optado pelo contrato de namoro. Assim, em caso de morte de um deles, o namorado que sobreviver não terá direito sucessório nos bens do de cujus. É de suma importância a diferenciação entre namoro qualificado e união estável, sendo possível somente pela intenção do casal, que no contrato de namoro é expressa. Cumpre salientar que o reconhecimento do contrato de namoro está condicionado a sua veracidade, não sendo admitido nos casos em que é feito somente para excluir o companheiro da sucessão, não refletindo a realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional**. In: Doutrinas essenciais – responsabilidade civil: vol. 1. Organizadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 15/06/2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15/06/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15/06/2021.

BRASIL. **Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994.** Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília, DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: < www. planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm >. Acesso em: 15/06/2021.

BRASIL. **Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996.** Regula o § 3° do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm >. Acesso em: 15/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. R**ecurso Extraordinário, Repercussão Geral Nº 878.694/ MG**. Monique de Ladeira e Thomazinho e outros versus Rubens Coimbra Pereira e outros. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília – DF. Data do julgamento: 16/04/2015. Data da Publicação: 19/05/2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628824/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-878694-mg-minas-gerais-1037481-7220098130439/inteiro-teor-311628833>. Acesso em: 15/06/2021.

BRASIL**. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1454643/RJ e Recurso Especial Adesivo**. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável, alegadamente compreendida nos dois anos anteriores ao casamento, C.C. Partilha do imóvel adquirido nesse período. Recorrente: M A B Advogados. Recorrido: P A De O B Advogados. Relator: min. Marco Aurélio Bizelli, 03 de março de 2015. JusBrasil: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178417344/ recurso-especial-resp-1454643-rj-2014-0067781-5/relatorio-e-voto-178417366. Acesso em: 15/06/2021.

BRASIL**. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.249.227/SC**. Maria Ivete Blanckenburg versus Mariza Schwalb Rosa. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília – DF. Data do julgamento: 17/12/2013. Data da Públicação: 25/03/2014. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864484155/recurso-especial-resp-1249227-sc-2011-0084991-2/inteiro-teor-864484174 >. Acesso em: 15/06/2021.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **As relações jurídicas e a pandemia da COVID-19** / organização Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral , Gilberto Fachetti Silvestre , Ari Gonçalves Neto. -- 1. ed. -- Campos dos Goytacazes, RJ : Encontrografia Editora, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 7 : direito das sucessões**. Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

OLIVEIRA, Euclides de**. União Estável: comentários às Leis n. 8.971/94 e 9.278/96. Direitos e ações dos companheiros**. São Paulo: Paloma, 2000.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VELOSO, Zeno. **É namoro ou união estável?** IBDFAM, 20 jul. 2016. Disponível em: https:// ibdfam.org.br/noticias/6060. Acesso em: 15/06/2021.

O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA À MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA

Natália Alves Nascimento[17]

INTRODUÇÃO

A violência de gênero se estabelece como um grave problema social vivenciado pelas mulheres e uma das mais graves violações aos Direitos Humanos. A problemática envolvendo a violência contra a mulher cinge-se em uma questão cultural que ultrapassa a esfera local, se exteriorizando de diversas formas e se agravando dentro do contexto de crise que atualmente vivemos.

A pandemia tem sido um problema global, um desafio que se encontra inserido em diversas camadas sociais e, diante do cenário vivenciado, a proteção aos grupos vulneráveis também se tornou uma questão desafiadora. E a luta pela proteção à mulher se insere dentro desse desafio nessa atual conjuntura de crise, em que se tem a predominância do isolamento social, medida necessária, mas que, em contrapartida, deixou as mulheres mais expostas à violência doméstica.

Sabe-se que a proteção às mulheres hoje é pauta de muita discussão e cada vez mais ganha espaço na agenda da comunidade internacional e na realidade interna de cada país. Tal preocupação em proteger esse grupo vulnerável se dá diante dos esforços empenhados pelos movimentos feministas que, ao longo das décadas, desempenharam papel fundamental na consolidação de direitos e garantias às mulheres. Dessa forma, de maneira reiterada, as comunidades internacionais procuram fornecer mecanismos de inserção dos Estados na busca pela proteção e garantia dos direitos

17 Advogada. Pós-graduanda em Advocacia Feminista e Direito da Mulher. Pós-graduanda em Advocacia Familiar e Sucessória. Natyalves26@hotmail.com.

humanos das mulheres em toda parte do mundo, possibilitando que essa proteção também alcance o plano interno.

E é nesse contexto de busca pela efetividade na proteção dos direitos e garantias inerentes às mulheres. Assim, a presente investigação tem como objetivo analisar e descrever os mecanismos jurídicos-institucionais adotados durante a pandemia, tendo em vista o aumento exponencial dos casos de violência doméstica e familiar na atual crise que vivemos.

O presente artigo foi elaborado tendo como metodologia, quanto aos meios, o tipo bibliográfico e documental. Já quanto aos fins, trata-se de uma pesquisa descritiva, do tipo qualitativa. A escolha do tema se justifica pela importância social e relevância jurídica dentro do atual contexto desafiador da pandemia em que se insere a proteção efetiva aos direitos humanos inerentes às mulheres.

2. ASPECTOS GERAIS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Ao decorrer dos anos a mulher foi colocada em situações de desigualdades em todas as suas relações sociais e esse fato sempre foi tido como algo natural, o que passou a dar forças para uma relação de submissão da mulher diante dos homens.

Em vista desse contexto de submissão da mulher e de diversas desigualdades perpetradas por esse grupo vulnerável, a violência de gênero tem sido um grave problema vivido por mulheres de todo o mundo, causando danos de natureza física e moral, se estabelecendo como uma das principais formas de violações aos direitos humanos. Conforme estabelecido na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), a violência contra a mulher se faz presente em qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994).

Lutar contra o senso comum "em briga de marido e mulher, não se mete a colher" ainda é um problema a ser enfrentado. Dentro

da frase acima descrita, é possível notar o sentimento de posse do homem sobre a mulher e a banalização da violência cotidiana que impera dentro da sociedade. Usufruir do seu lar como um ambiente seguro, de repouso diário, de paz e proteção, deveria ser um direito básico garantido a toda mulher, mas, na prática, ainda é um privilégio concedido apenas a algumas.

Cumpre mencionar que, ao se tratar aqui da questão de gênero, não se busca questionar as diferenças sexuais entre homem e mulher, sendo que tal expressão representa aqui um conceito cultural, intimamente ligado a forma social da sexualidade humana.

Em se tratando do contexto da violência contra a mulher, tem-se que as relações sociais são baseadas em relações hierárquicas relacionadas às formas de dominação e exploração das mulheres pelos homens. Ainda, é possível vislumbrar que o patriarcado funciona como um sistema masculino de opressão às mulheres, se expressando em forma de poder enraizado de maneira primordial nas relações sociais de gênero (SAFFIOTI, 1999).

É dentro desse quadro de submissão da mulher, advinda das relações sociais, que Montgomery (1997) leciona:

> Nascemos macho e fêmea no sentido biológico, identificamo-nos masculino e feminino no psicológico e nos tornamos homem e mulher no social [...] ele precisa de figuras afetivas que cuidem dele. Ao longo do desenvolvimento da autonomia, a sensação de desamparo diminui graças aos vínculos amorosos e transparência das mensagens [...] os pais dizem aos meninos: "faça um gol no futebol (ou tire 10 no boletim) que eu vou amar você". A tradução da frase é: amo você desde que faça o que for importante pra mim [...] As meninas ouvem dos pais: "fique bonitinha e limpinha, seja meiga, e boazinha que assim você conseguirá o que quer". Em outras palavras, ensinam a menina a ser submissa e desenvolver atitudes para seduzir o outro e alcançar seus objetivos.

É interessante mencionar que esse contexto de submissão da mulher ao homem é encontrado, inclusive, em passagens bíblicas, o que demonstra que a discussão de gênero aqui explanada não é uma problemática recente. Nesse sentido Barros (2001):

> O relato conhecido como jeovista, encontramos Jeová como um deus masculino que cria o homem, a partir do barro da terra, e inspira com um sopro de vida. Cria também os animais, a partir do mesmo elemento, e permite ao homem nomeá-los, para que exerça poder sobre eles. Entretanto, percebe a solidão de Adão e não julga que isso seja bom. Resolve então dar-lhe um adjutório semelhante a ele, nesta versão, ela se tornou um simples apêndice do homem, apontando como seu Senhor, e foi criada para servi-lo e obedecê-lo. [...] A mulher foi afastada dos campos filosóficos, literários, religiosos. À mulher foram reservados os encargos menores tais como a tecelagem, a culinária, a gestão da casa, o cuidado com os filhos, com o marido.

E é somente após o início de movimentos revolucionários feministas que se começou um processo lento e custoso de inserção social da mulher aos estudos, ao mercado de trabalho e a garantia de direitos que lhe são inerentes.

> Após o confronto de inúmeras batalhas realizadas pelo movimento feminista, nasce a consciência da proteção dos direitos da mulher. O movimento feminista denuncia a manipulação do corpo e da mulher e a violência que é submetido, tanto aquela que se atualiza na agressão física – espancamentos, estupros, assassinatos – quanto a que o coisifica quanto objeto de consumo. Denuncia, da mesma forma, a violência simbólica que faz de seu sexo um objeto desvalorizado. Reivindica

> a autodeterminação quanto ao seu exercício da sexualidade, procriação, da contracepção. Reivindica também, o direito à informação e ao acesso a métodos contraceptivos seguros. (ALVES; PITANGUY, 1981, p. 60-61).

Porém, mesmo diante de muita conquista e dos movimentos revolucionários, no âmbito das relações sociais, a mulher por vezes é vista com a incumbência social principal de ser esposa e mãe e, por conseguinte, ainda é subjugada em diversos contextos, o que acaba por fazer nascer as diversas formas de violência contra a mulher que mesmo hoje é tão presente.

Desta forma, podemos considerar que a violência de gênero tem seu nascedouro nas desigualdades sociais, que são pautadas pelas relações de poder, as quais geram uma subordinação direta da mulher ao homem.

3. A PANDEMIA E O AUMENTO DE CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER.

Segundo Presse (2020, online) durante a pandemia do Covid-19, com as restrições impostas devido ao isolamento social, houve aumento da violência contra a mulher no ambiente doméstico. A pandemia instalada pelo coranavírus trouxe, acertadamente, medidas para conter a disseminação do vírus e reestabelecer a normalidade, como é o caso do isolamento social, medida que foi imposta mundialmente.

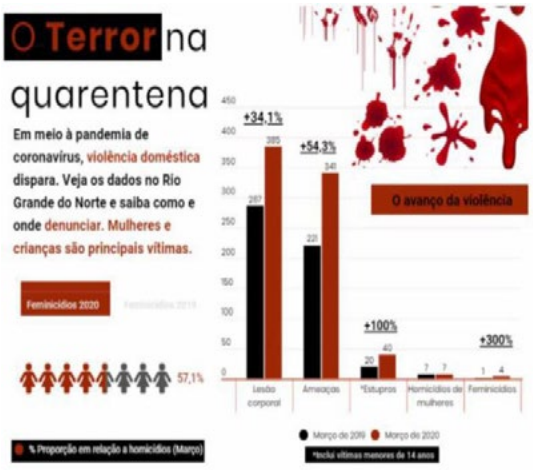
Ocorre que, tanto a atual crise sanitária, quanto as providências tomadas em relação a ela, trouxeram importantes desafios para as mulheres. Os jornais, desde o ínicio da pandemia, noticiaram e ainda noticiam o aumento dos casos de violência contra as mulheres, as quais sempre se enquadraram dentro de um grupo vulnerável e, agora, se encontram em uma maior situação de risco dentro do contexto do isolamento social.

Uma das consequências das medidas tomadas para conter o vírus, além do aumento de casos de violência doméstica, são as subnotificações, tendo em vista que, durante esse período de confinamento, há dificuldades diversas encontradas pelas mulheres no que tange ao acesso aos meios comunicações e ingresso aos canais de denúncias, já que o agressor está sempre por perto. Mesmo com tais dificuldades, é importante mencionar que as denúncias são importantes para a quebra do ciclo de violência.

Globalmente, assim como no Brasil, durante a pandemia da COVID-19, ao mesmo tempo em que se observa o agravamento da violência contra a mulher, é reduzido o acesso a serviços de apoio às vítimas, particularmente nos setores de assistência social, saúde, segurança pública e justiça. Os serviços de saúde e policiais são geralmente os primeiros pontos de contato das vítimas de violência doméstica com a rede de apoio. Durante a pandemia, a redução na oferta de serviços é acompanhada pelo decréscimo na procura, pois as vítimas podem não buscar os serviços em função do medo do contágio.

Segundo MARQUES, et al (2020, online) "houve um aumento de cerca de 17% no número de ligações com denúncias de violência contra a mulher durante o mês de março, período inicial da recomendação do distanciamento social no país". Os autores ainda sustentam que frente ao aumento das ocorrência relativas à violências doméstica durante a pandemia, instituições e organizações sociais desenvolvereram materiais para a prevenção e concientizção durante este período de distanciamento social.

A figura abaixo apresenta, de forma preocupante, a porcentagem referente ao aumento de casos de violência contra a mulher durante o primeiro ano de pandemia, especificamente no estado do Rio Grande do Norte, fazendo uma comparação com o ano de 2019. Os casos de ameaça subiram 10,8%, as ocorrências de estupro expandiram em 62,2% e os feminicídios cresceram em 25%.



FONTE: INSTITUTO SANTOS DUMONT, 2020.

São dados alarmantes que demonstram a fragilidade da principal medida de combate ao novo coronavírus em relação às mulheres, pois tal providência aumentou, demasiadamente, o perigo de violência contra esse grupo vulnerável. Dentro da atual realidade, essa medida amplia, para múltiplas mulheres, o trabalho doméstico e a necessidade de cuidados exclusivos com o filho. Outras consequências do atual momento também incentivam e motivam os agressores, tais como a limitação de mobilidade e contenções financeiras, fatos que acabam por conceder mais controle e domínio sob as vítimas.

Assim, tornam-se essenciais as políticas públicas voltadas para o respeito e a igualdade nas relações de gênero, questões primordiais para extinguir a violência contra a mulher.

4. MECANISMOS JURÍDICOS-INSTITUCIONAIS ADOTADOS DURANTE A PANDEMIA COVID-19 PARA O ENFRENTAMENTO Á VIOLÊNCIA CONTRA À MULHER

Em se tratando do enfrentamento a violência contra a mulher, em termos gerais, tem-se que se trata da implementação e execução

de políticas públicas específicas e articuladas, que visem tutelar às mulheres em situação de violência, de forma preventiva e repressiva. De acordo com a Política Nacional De Enfrentamento À Violência Contra As Mulheres:

> O enfrentamento requer a ação conjunta dos diversos setores envolvidos com a questão (saúde, segurança pública, justiça, educação, assistência social, entre outros), no sentido de propor ações que: desconstruam as desigualdades e combatam as discriminações de gênero e a violência contra as mulheres; interfiram nos padrões sexistas/ machistas ainda presentes na sociedade brasileira; promovam o empoderamento das mulheres; e garantam um atendimento qualificado e humanizado às mulheres em situação de violência (POLÍTICA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO Á VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES, 2003, p.11)

Notório que o conceito de enfrentamento não se restringe tão somente ao combate, mas encontra guarida, também, na prevenção, assistência e efetivação dos direitos inerentes às mulheres.

Em relação, precisamente, a violência doméstica no contexto de pandemia no Brasil, o governo brasileiro já havia registrado um aumento de 9% nas denúncias realizadas pelo canal "ligue 180" nas últimas semanas de março de 2020, período em que a maioria dos estados brasileiros decretaram pela primeira vez as medidas de isolamento social (Agência Câmara de Notícias, 2020).

A Organização das Nações Unidas emitiu um documento através da ONU Mulheres (2020), o qual tinha o intuito de alertar as autoridades acerca da afetação negativa que os serviços de segurança à mulher poderiam sofrer durante o período da quarentena, trazendo como recomendação às autoridades a execução de um mapeamento de dados e medidas que visem assegurar os serviços essenciais para o combate à violência contra mulheres e meninas (MACIEL et al.,

2020). “Para a ONU, o apoio das autoridades públicas às organizações especializadas nos serviços de combate à violência doméstica é indispensável” (MACIEL et al., 2020, p.4).

Diante do notório aumento significativo dos casos de violência contra a mulher durante o isolamento social, surgiu a necessidade iminente de reajuste dos órgãos públicos, com a finalidade de oferecer auxílio às vítimas em casos de vulnerabilidade. O Portal de Notícias do Governo Federal (2020), informou que o governo brasileiro ampliou os serviços prestados pelo Disque 100 e o Ligue 180, com a criação de um aplicativo acessível para smartphones, denominado “Direitos Humanos Brasil”, bem como de um portal exclusivo para denúncias envolvendo violência doméstica (Maciel et al. 2020). Tais medidas visam proporcionar a mulher mais rapidez e comodidade para realizar a denúncia, inclusive garantindo um menor tempo de resposta e possibilitando o anexo de fotos, vídeo e outras mídias que possam sustentar a denúncia feita.

As delegacias de estados permaneceram com os atendimentos 24 horas, algumas com determinadas especificidades como, por exemplo, no Rio de Janeiro e São Paulo, em que as denúncias que não necessitam de colhimento de provas imediato podem ser realizadas virtualmente. Também em São Paulo, foi criada a Patrulha Maria da Penha, incumbida de vigiar as mulheres vítimas de violência doméstica (BIANQUINI, 2020).

Em âmbito nacional, foi sancionada a Lei 14.022/20, a qual estabelece medidas de combate à violência doméstica contra a mulher crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante o período de pandemia decorrente da Covid-19. Tal texto vem para dar forças a redação já existente dentro da Lei nº 13.979 de 2020, ratificando as medidas já existentes e propiciando um maior suporte para as mulheres vítimas de violência doméstica, com a possibilidade de o contato ser feito por meio eletrônico ou telefônico. A assistência presencial e domiciliar também está garantida como maneira de diminuir as consequências da pandemia na vida das mulheres, crianças, idosos e adolescentes.

Sabe-se que as medidas protetivas tem como objetivo a proteção as vítimas, buscando estabelecer restrições ao agressor, como a proibição de manter contato com a vítima e seus familiares e a distância por determinados metros. Nomeada como Lei Maria da Penha, a Lei 11.340/2006 foi criada com o objetivo de proteger a vítima do seu agressor e, ainda, descreve algumas medidas assistenciais de apoio, amparo e proteção à vítima para a ruptura do ciclo de violência. Porém, existem algumas falhas nos serviços especializados, como, por exemplo, os serviços assistenciais, tendo em vista que a mulheres que não vivem nas grandes cidades possuem dificuldades para ingressar nas políticas públicas.

Acerca do tema nota-se:

> A necessidade de ampliação desses serviços, no cenário nacional, é uma recomendação contínua para além da pandemia, mas que ganha evidência nesta conjuntura. A pandemia revela a fragilidade de uma política para as mulheres no Brasil, onde o Estado não tem investido na implementação das principais ações de enfrentamento da violência contra a mulher, previstas na Lei Maria da Penha, como a Casada Mulher Brasileira (IPEA, 2020, p.20).

Certo é que a ampliação do orçamento é indispensável para eficácia de políticas sociais, as quais dependem de recursos humanos habilitados, estruturas de acolhimento, serviços psicossociais e de educação. O Estado tem a obrigação estruturar ações juntamente aos entes federativos, à sociedade civil e ao setor privado, legislar, produzir informações e investir na implementação das ações de prevenção, já elaboradas na lei (IPEA,2020).

Em conclusão, vale esclarecer que a violência contra mulheres tem sua fonte em uma sociedade em que predomina o patriarcalismo, tendo como consequência a desigualdade patente entre homens e mulheres. Para que cesse esse ciclo duradouro de violência de gênero é necessário a quebra na maneira de pensar em que as mulheres são

naturalizadas essencialmente como propriedade de homens e em condições intelectuais inferiores. Assim, combater a violência contra a mulher é combater, de forma contínua e diária, as discrepâncias de gênero, no âmbito político, no trabalho e, inclusive, nas residências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado no presente artigo, o COVID-19 instalou a situação de pandemia que atualmente vivenciamos. Tal vírus possui alta taxa de transmissão e mortalidade e, por isso, desde o início foi decretado pelas autoridades o isolamento social, tendo em vista ser a medida que mais se adequa para o momento, diante da ausência de tratamentos específicos.

Ainda que se tenha estabelecido como uma medida de extrema necessidade para a contenção dos vírus, o isolamento social não foi benéfico para todas as pessoas, já que para muitas o lar não é um ambiente seguro. Dentro desse contexto se insere as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, as quais passaram para um estado de maior vulnerabilidade, tendo em vista que ficaram presas em casa com seus agressores.

A Violência contra mulher no ambiente doméstico cinge-se em todo abuso psicológico, físico, patrimonial, moral e sexual que acontece no interior de seu lar. O agressor não é apenas o namorado(a), companheiro (a) ou ex- companheiros(as). O pai, a mãe, o padrasto ou madrasta, o irmã(o), o sogro(a), todos esses podem ser inseridos como agressores em âmbito doméstico, analisando as circunstâncias específicas de cada caso.

Dentro do atual contexto pandêmico vivenciado, houve um aumento significativo nos casos de violência contra mulher no ambiente doméstico e familiar. Assim, surgiu a necessidade de criação de medidas específicas para a proteção dessas mulheres que passaram a se encontrar em um estado maior de vulnerabilidade. Com os crescentes casos desse tipo de violência em todo o mundo, o qual foi objeto de análise no presente artigo, as organizações mundiais

estabeleceram diretrizes para o enfrentamento da violência contra a mulher, bem como os Estados instituíram suas próprias políticas públicas.

A Lei 11.340/06, intitulada como Lei Maria da Penha, estabelece diversas medidas jurídicas que buscam combater à violência doméstica contra a mulher, se dividindo em medidas penais, de urgência e assistenciais. Entretanto, ainda há diversos desafios burocráticos no que tange a implementação de medidas assistenciais, tais como os espaços de acolhimento e redes de apoio. A legislação específica acaba por receber grande enfoque na seara penal, contudo, a violência contra a mulher e sua gravidade dentro das relações sociais, faz com que surja a necessidade de medidas mais amplas para o seu enfrentamento.

Dentro do atual contexto de pandemia vivenciado e com vistas à proteção das mulheres em situação de vulnerabilidade, o Brasil implantou algumas novas medidas, tais como a aprovação de+ uma lei que amplia os atendimentos virtuais às mulheres em situação de violência doméstica. Porém, não foram executadas medidas mais amplas, reciclando as redes já existentes, de campanhas, apoio e acolhimento para o enfrentamento desta realidade que se tornou mais evidente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jaqueline. **O que é feminismo**. Coleção primeiros passos. Abril Cultural/Brasilense. 1981.

BARROS, M. N. Alvim de. **As Deusas, as Bruxas e a Igreja: Séculos de Perseguição**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2001.

BIANQUINI, Heloisa. **Combate à violência doméstica em tempos de pandemia: opapel do Direito.** Revista Consultor Jurídico, [S. l.], p. 1, 24 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/direito-pos-graduacao-combate-violencia domestica-tempos-pandemia. Acesso em: 19 mai. 2021.

BRASIL. Secretaria Geral. **Presidente Bolsonaro sanciona lei de combate à violência doméstica durante pandemia.** Disponível em: https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2020/julho/presidente-bolsonaro-sanciona-lei-de-combate-a-violencia domestica-durante-pandemia. Acesso em: 05 jun. 2021.

Ciclo da violência. In: Ciclo da violência: **Saiba identificar as três principais fases do ciclo e entenda como ele funciona.** [S. l.], 30 nov. 2018. Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html. Acesso em: 11 mai. 2021.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Políticas Públicas e Violência Baseada no Gênero Durante a Pandemia Dacovid-19: Ações presentes, Ausentes e Recomendadas.** Brasília: Ipea, 2020.

MARQUES, Emanuele Souza et al. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, p. e00074420, 2020.

MELLO, Marilia Montenegro. **DA MULHER HONESTA À LEI COM NOME DE MULHER: O LUGAR DO FEMINISMO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA.** Faculdade de Direito e relações internacionais, Recife, p. 1-23, 11 nov. 2020.

MONTGOMERY, Malcolm. **Mulher: o negro mundo.** São Paulo: Editora Gente, 1997.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**. Belém-PA, 1994.

Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as mulheres. Brasília, SPM, 2011. Presidência da República.

PRESSE. France. Com restrições da pandemia, aumento da violência contra a mulher é fenômeno mundial. **G1. 2020. (online) link:** https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/11/23/com-restricoes-da-pandemia-aumento-da-violencia-contra-a-mulher-e-fenomeno-mundial.ghtml. Acesso em: 11 jun. 2021.

SAFFIOTI, H. I. (2004). **Gênero, patriarcado, violência.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo (Coleção Brasil Urgente).

RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Lorenna Dutra Moreira[18]
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro[19]

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, constatou-se a modificação de normas sociais e legislativas, aplicáveis nas relações regidas pelo Direito Civil. Outrora, a família era considerada um núcleo limitado de pessoas, normalmente formada por um pai, uma mãe e sua prole, devendo ser respeitada a hierarquia entre eles.

Com a evolução social, considerando como marco temporal a Constituição Federal de 1988, houve a modernização do conceito de família e também inovações quanto a sua composição, sendo certo que homens e mulheres passaram a ter os mesmos direitos e deveres como cônjuges, a serem exercidos com igualdade. Dentre eles, merecem atenção os deveres de fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos.

Novas formas de se relacionar surgiram no século XXI, consequência do aprimoramento do pensamento. Com efeito, evidencia-se maior liberdade entre as pessoas e menor solidez nas relações amorosas.

Isso decorre da evolução proporcionada pelas inovações das telecomunicações e, em contrapartida, maior liberdade nos relacionamentos ocasiona maior possibilidade de infidelidade entre os cônjuges, companheiros ou namorados.

18 Bacharel em Direito. E-mail: lorennadutra2016@gmail.com

19 Professora da Faminas – Muriaé. Mestra em Direito Processual, Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos pela UCP. Pós-Graduada em Direito Processual Contemporâneo pela UFRRJ. Autora de diversos artigos jurídicos. Advogada. Email: thaysaaquino@hotmail.com.

Diante desta problemática, pretende-se, neste trabalho, analisar os reflexos do ato ilícito praticado por uma pessoa infiel, sendo certo afirmar que este indivíduo poderá ser responsabilizado civilmente, tendo que arcar com os danos oriundos desta prática.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Sabe-se que responsabilidade civil consiste na "obrigação em que o sujeito ativo pode exigir pagamento de indenização do passivo, por ter sofrido prejuízo imputado a este último" (COELHO, 2012).

Faz-se importante consignar que a responsabilidade civil se subdivide em objetiva e subjetiva. Para a caracterização da responsabilidade civil objetiva é necessária a presença de uma conduta omissiva ou comissiva, o dano e o nexo causal entre a conduta e o prejuízo danoso.

Lado outro, para caracterização da responsabilidade civil subjetiva prescinde de comprovação de culpa ou dolo do agente, além dos outros elementos acima citados.

A seguir, será analisada a responsabilidade civil afetiva e o que é necessário para configuração do dano moral afetivo.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL AFETIVA E O DANO MORAL AFETIVO

Neste cenário, existe a responsabilidade civil afetiva, presente quando há abandono afetivo. Para análise da configuração da responsabilidade civil, como dito, é preciso analisar a presença do elemento dano.

Quando se discute a responsabilidade civil afetiva, o elemento dano é proveniente do abandono afetivo na relação conjugal, por um dos cônjuges.

Com efeito, ocorre este abandono afetivo em razão da procura de relações extraconjugais por um dos cônjuges, estando, na maioria das vezes, a relação primária abalada e a convivência familiar comprometida.

O dano moral encontra-se previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 e, ainda, no artigo 186 do Código Civil. Ele é compreendido como "um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso" (VENOSA, 2015).

Desta forma, quando presente, este dano afetará a esfera psíquica do indivíduo, provocando sentimento de dor e constrangimento.

Nota-se que para sua configuração é preciso verificar "a relevância social do dano, manutenção da utilidade pública e da eficiência econômica, a dimensão da dor, violação da dignidade humana, dentre outros" (SCHREIBER, 2009).

Assim, a comprovação probatória do dano moral afetivo é complexa, não sendo tão fácil a sua comprovação.

Vale dizer que o dano de ordem afetiva também será concretizado em hipótese de abandono afetivo, na relação familiar, entre pais e filhos. Este dano simboliza o prejuízo afetivo, também podendo ser configurado na relação conjugal ou de namoro, quando há infidelidade entre os cônjuges, conviventes ou namorados.

Observa-se, no cenário atual, a busca pelo Poder Judiciário com a finalidade de se obter indenização por danos morais na hipótese de relações extraconjugais, popularmente denominada como indenização por traição.

Adiante, será demonstrado o posicionamento dos Tribunais Estaduais, com foco no posicionamento prevalecente no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sobre a possibilidade ou não de indenização por infidelidade.

3. DA INDENIZAÇÃO MORAL POR INFIDELIDADE

A indenização por danos morais, oriunda de relações afetivas extraconjugais, tem sido um pedido rotineiro nas ações indenizatórias ou ainda, em ações de família, quando se discute o divórcio. Pode-

se citar como exemplo o ajuizamento de ação indenizatória por infidelidade conjugal e investigação de paternidade.

Tal pedido é fundamentado na violação do dever moral de lealdade e sinceridade. Contudo, o dever de fidelidade recíproca, previsto no inciso I, do artigo 1.566 do Código Civil tem sido relativizado na sociedade moderna.

Assim, ao longo dos anos, com a evolução social e legislativa, não se pode mais considerar apenas a letra fria da lei. Cita-se como exemplo, o crime de adultério, previsto no pretérito artigo 240 do Código Penal, que tinha por objeto a tutela penal da família e do casamento, sendo considerado um crime contra honra. O adultério foi descriminalizado em virtude da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, passando a ser considerado tão somente um ilícito civil.

Portanto, como passou a ser tutelado pelo Código Civil, atualmente, se faz necessário recorrer à esfera civil para pleitear a indenização, objeto de estudo do presente trabalho.

3.1 DA POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Faz-se importante mencionar que, na maioria dos Tribunais de Justiça Brasileiros, já houve alguma pretensão indenizatória na hipótese de infidelidade.

Atualmente, pedidos de indenização de ordem moral têm sido frequentes. Neste trabalho, será abordado, de forma específica, quais argumentos são utilizados pelos julgadores para conceder ou não a indenização em comento.

Constata-se que muitos julgadores não concedem o dano moral afetivo, salvo em hipótese de robusta comprovação. Apesar da infidelidade constituir violação ao dever matrimonial, de convivência, sinceridade e fidelidade recíprocas, resguardados pelo Código Civil, por si só, não tem sido suficiente a ensejar a configuração do dano moral.

Nas ementas de julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais constata-se que o entendimento majoritário é no sentido de que

a traição conjugal, por si só, apesar de constituir violação ao dever matrimonial, não é suficiente para a configuração de danos morais e também, é preciso a exposição pública do indivíduo que foi traído para a possibilidade de caracterização do dano moral, devendo ser analisado o caso concreto, como um todo.

O Desembargador Luciano Pinto firmou posicionamento o seguinte posicionamento

> A prática de infidelidade por parte de um dos companheiros, embora moralmente reprovável, é circunstância de cunho estritamente pessoal, não prevendo a lei qualquer sanção pela quebra do dever de lealdade, da qual a fidelidade é espécie (BRASIL. TJMG. Apelação Cível 1.0607.17.005920-0/001. Relator: Des. Luciano Pinto. 17ª CÂMARA CÍVEL. Belo Horizonte, 04 de julho, de 2019).

Vale ressaltar que o Desembargador Evandro Lopes da Costa Teixeira também manteve o mesmo entendimento: "A violação dos deveres impostos por lei na união estável, previstos no art. 1.724 do Código Civil, não constituem, por si só, ofensa aos direitos da personalidade, capaz de ensejar a obrigação de indenizar." (BRASIL. TJMG. Apelação Cível 1.0607.17.005920-0/001. Relator: Des. Luciano Pinto. 17ª CÂMARA CÍVEL. Belo Horizonte, 04 de julho, de 2019).

Sendo assim, mesmo a infidelidade sendo considerada um ilícito civil, por si só, não é capaz de ensejar a indenização moral, devendo existir nos autos prova de que este fato causou, por exemplo, sofrimento excessivo, constrangimentos, humilhações e, exposição vexatória, com ofensa a integridade psíquica, ultrapassando o limite de uma mágoa, conforme vem sendo decidido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Contudo, também há posicionamento contrário. Existem Tribunais que são adeptos a indenizar moralmente aquele que foi vítima de infidelidade. No julgamento da Apelação Civil sob o número

20160310152255/APC, de Relatoria do Desembargador Fábio Eduardo Marques, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJ-DF ficou decidido a favor da indenização a título de dano moral

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. INFIDELIDADE CONJUGAL. PROVA. OFENSA A ATRIBUTO DA PERSONALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO NO CASO. 1. O simples descumprimento do dever jurídico da fidelidade conjugal não implica, por si só, em causa para indenizar, apesar de consistir em pressuposto, devendo haver a submissão do cônjuge traído a situação humilhante que ofenda a sua honra, a sua imagem, a sua integridade física ou psíquica. Precedentes. 2. No caso, entretanto, a divulgação em rede social de imagens do cônjuge, acompanhado da amante em público, e o fato de aquele assumir que não se preveniu sexualmente na relação extraconjugal, configuram o dano moral indenizável. 3. Apelação conhecida e não provida. **(Acórdão n. 1084472, 20160310152255APC, Relator Des. FÁBIO EDUARDO MARQUES, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 21/3/2018, publicado no DJe: 26/3/2018).**

Desta forma, quando presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil e existir circunstâncias que demonstrem o sofrimento suportado pela vítima em excesso, além das demais condicionantes, como relatado acima, impõem-se o dever de indenizar, com a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para fixação do quantum indenizatório.

3.2 BREVE ANÁLISE DO PL. 5716/16

No ano de 2016, o Deputado Federal Rômulo Gouveia, do PSD/PB apresentou projeto de lei, registrado sob o nº 5716, com a finalidade de ser reparado o dano proveniente do descumprimento de dever de fidelidade recíproca no casamento.

Para tanto, sugeriu acrescer dispositivo à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, com a seguinte redação: "Art. 927-A. O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge".

Dá análise geral do projeto de lei em questão constata-se como justificativa para inclusão do referido dispositivo que a infidelidade conjugal constitui afronta ao disposto no art. 1.566, caput e inciso I, do Código Civil, que impõe a fidelidade recíproca como dever de ambos os cônjuges no casamento.

E, ainda, sustentou que "deve ser motivo suficiente, uma vez que produz não apenas a culpa conjugal, mas também a culpa civil, para embasar a condenação do cônjuge infrator a indenizar o dano moral provocado ao outro cônjuge".

A última movimentação deste Projeto de Lei ocorreu em 13 de janeiro de 2020, encontrando-se no momento junto a Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) para análise.

Certas críticas foram feitas a tal Projeto de Lei, que não deverá ser aprovado por ser uma norma impositiva, com muitos reflexos negativos à sociedade atual, devendo a hipótese de infidelidade e seus reflexos serem discutidos tão somente na relação privada entre os cônjuges e de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

4. DAS RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

A pandemia da Covid-19 fez com que houvesse maior necessidade de isolamento social, privando o convívio entre as pessoas, até então acostumadas com vidas movimentadas e unidas.

Consequentemente, as famílias foram obrigadas a um convívio maior. Com essa mudança radical ocasionou uma maior necessidade de compreensão entre os familiares que habitam no mesmo lar.

Além disso, os relacionamentos amorosos sofreram grande impacto, visto que para alguns foi possível unir-se em um mesmo local, enquanto para outros a distância tem sido um grande desafio.

Em meio a todo cenário em que estamos vivenciando, nota-se drástica mudança nos relacionamentos, com menos tolerância, paciência e aumento de níveis de estresse, principalmente emocional. O confinamento tem proporcionado a experiência de novas emoções e sentimentos.

Diante disso, a busca por relações extraconjugais, sejam elas virtuais ou físicas, tem sido frequente. Especificadamente, no meio virtual existem várias formas de alcançar a infidelidade.

Cita-se como exemplo, o Ashley Madison, aplicativo famoso, no qual pessoas já comprometidas buscam tais relações. Com mais de 65 milhões de participantes em todo o mundo, no Brasil, a cidade que lidera o número de participantes é Brasília, no Distrito Federal.

As causas muitas vezes relatadas pelos adeptos são a perda de disposição para os relacionamentos mais antigos, já que estes foram desgastados pelo maior convívio no ambiente doméstico. Por conseguinte, ocorre a vontade de mo+dificar o estilo das relações para algo sem tantas limitações e que não se reserve a um estilo enfadonho.

Segundo o doutor em psicologia social e professor da Escola de Ciência da Informação da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Cláudio Paixão, "o isolamento social decorrente da pandemia da Covid-19 limita o espaço físico vivenciado pelas pessoas, o que

não ocorre com os espaços psíquicos, impactando a maneira em que vivenciamos nossos desejos". (PAIXÃO, 2020)

Identifica-se a busca por novas experiências sociais e amorosas no meio virtual, em algumas delas, se estendendo até ao contato físico, por meio de encontros casuais.

Sendo assim, havendo descoberta da infidelidade, sentimento de revolta e humilhação, normalmente, sentimentos experimentados pela parte que foi traída, despertando nela frustração, desejo de vingança e, consequentemente, a procura reiterada do Poder Judiciário para a tentativa de indenização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a pandemia da Covid-19, diversas mudanças podem ser identificadas em nosso cotidiano. A necessidade de confinamento para não contrair o coronavírus faz com que novos desafios sejam experimentados.

Nas famílias, tem-se o desafio do convívio em um mesmo local, por um período maior. As tarefas de casa e afazeres têm causado aumento nos níveis de estresse, tornando a rotina cansativa.

Da mesma forma, os casais também têm passado por experiências, positivas e negativas, o que têm influenciado no deslinde de seus relacionamentos.

Com o aumento do cansaço físico e mental, para não desgastar o relacionamento, os casais têm recorrido à prática de novos programas a dois, proporcionando maior união, mesmo que em um mesmo ambiente.

Contudo, não são todos casais que estão empenhados em não deixar a rotina prejudicar o relacionamento. Alguns, não insistem na melhora de sua relação, sobressaindo o desgaste amoroso, seja por desânimo ou distância.

Com isso, prevalece o desinteresse na retomada da relação existente antes do cenário da pandemia. Observa-se que muitos desses casais recorrem as redes sociais, mesmo durante o relacionamento,

até então enfraquecido. Com a procura a sites ou aplicativos de relacionamentos, crescente, neste cenário de pandemia, é o número de relações extrajudiciais.

Com a prática do ato infiel, nasce o direito da parte traída de recorrer ao Poder Judiciário a fim de que seja reconhecida a responsabilidade pela infringência aos deveres de fidelidade, convivência e sinceridade recíprocos.

Faz-se importante ressaltar que não haverá responsabilização penal uma vez que o adultério deixou de ser crime, em virtude da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, passando a ser considerado tão somente um ilícito civil.

Desta forma, a deslealdade e o abalo psíquico fazem com que o cônjuge, convivente ou namorado traído busque o reconhecimento da indenização por infidelidade.

Ocorre que, como demonstrado, não há pacificidade sobre a temática, havendo divergência entre os Tribunais sobre o reconhecimento do ato ilícito ensejador da indenização a título de danos morais.

Em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça, reconhece a responsabilidade civil e determina a indenização quando ocorre a exposição pública do indivíduo que foi traído, devendo ser analisado cada caso concreto.

Por fim, a traição conjugal, por si só, apesar de constituir violação ao dever matrimonial, não é suficiente para a configuração do dano moral. O dano moral afetivo só é reconhecido quando existirem provas que comprovem também o sentimento excessivo de frustração, constrangimento, humilhação e, exposição vexatória, com ofensa a integridade psíquica, que ultrapasse o limite de uma mágoa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal: 1988.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 5716/2016**. Acresce dispositivo à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacaoidProposicao=2090162>. Acesso em 02/05/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASÍLIA. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.** Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em 02/05/2021.

BRASIL. TJDF. Acórdão n. 1084472, 20160310152255APC. Relator Des. Fábio Eduardo Marques. 7ª Turma Cível, Brasília, 21 de março, de 2018. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/dano-moral-no-tjdft/responsabilidade-civil/infidelidade-conjugal. Acesso em 02/05/2021.

BRASIL. TJMG. Apelação Cível 1.0607.17.005920-0/001. Relator: Des Luciano Pinto. 17ª CÂMARA CÍVEL. Belo Horizonte, 04 de julho, de 2019. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/732638669/apelacao-civel-ac 10607170059200001-mg/inteiro-teor-732638739?ref=serp. Acesso em 02/05/2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Obrigações e Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2012.

Garrett, Filipe. **Ashley Madison: site de traição cresce mais entre mulheres no Brasil.** Disponível em: https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/03/ashley-madison-site-de-traicao-cresce-mais-entre-mulheres-no-brasil.ghtml. Acesso em: 01/04/2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado.** Salvador: JusPodivm, 2017.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

Pessôa, Julia. **Quarentena impulsiona busca por relações extraconjugais.** Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-53258262. Acesso em: 01/04/2021.

Rezende, Humberto. **Brasília lidera ranking de traição na quarentena.** Disponível em: https://blogs.correiobraziliense.com.br/daquilo/brasilia-lidera-ranking-de-traicao-na-quarentena/ Acesso em: 01/04/2021.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** Lisboa: Vega, 1986.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

DIREITO SISTÊMICO E A APLICAÇÃO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO MÉTODO ALTERNATIVO NA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

Davi Ricardo Barbosa Faria Gonçalves[20]
Ma. Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira[21]
Ma. Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro[22]

INTRODUÇÃO

Assim como a vivência do ser humano em sociedade, o viu-se também, a necessidade de adequação do Direito, para que este acompanhasse o desenvolvimento social. Em 2015, com o advento do novo Código de Processo Civil, percebeu-se um grande interesse por parte do judiciário os chamados métodos Heterocompositivos e Autocompositivos, nas soluções das demandas. Aqui, ganham evidência, a Mediação e Conciliação, dentre os métodos Autocompositivos.

Dentre os métodos alternativos de resolução de conflitos no judiciário, encontram-se técnicas multidisciplinares que abrangem temas relacionados à outras áreas do conhecimento. Comumente, se observa a atuação de técnicos e psicólogos dentro do judiciário brasileiro. Assim, o presente trabalho traz à luz uma nova técnica desenvolvida por Bert Hellinger, no decorrer de sua vida, denominada "Constelação Familiar", que se trata de uma técnica utilizada para acessar informações ocultas relacionadas ao "constelado", onde estas informações podem estar ocultas há gerações e gerações através das bagagens transmitidas a cada nova, fazendo com que o indivíduo esteja sendo regido pelas chamadas, Leis Sistêmicas.

20 Barachel em Direito pelas Faculdades Integradas de Bauru. Pós-Graduando em Direito Imobiliário pela UniRio. Servidor Público na Prefeitura Municipal de Bauru.

21 Professora das FIB. Especialista em Direito Civil, pela Universidade do Sul de Santa Cata+rina e em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera. Mestra em Direito Constitucional, pela ITE. Procuradora Jurídica da Fazenda Municipal de Bauru.

22 Professora do Centro Universitário Faminas-Muriaé. Mestra em Direito Processual pela UCP. Especialista em Processo pela UFRRJ. Advogada.

Bert Hellinger relacionou também, além destas Leis Sistêmicas, a influência da Consciência, que seria um "sistema de arquivo de crenças familiares" do ser humano que, são transmitidos através do Campo Morfogenético, de Rupert Sheldrake, em alguns momentos deve ser acessado e limpado, para que sempre haja espaço para o novo.

Após observar pessoalmente os benefícios disponibilizados pela Constelação Familiar em sua vida, Sami Storch, Juiz, decide experimentar no judiciário a prática das Constelações Familiares e da filosofia Sistêmica, dando o Nome para esta nova matéria do mundo jurídico de Direito Sistêmico, objeto de análise do presente trabalho.

A prática se iniciou em um caso relacionado ao direito de família. Todavia, apesar do nome, a Constelação Familiar, ou Constelação Sistêmica, como também é chamada, pode ser aplicada em inúmeras áreas do Direito, como por exemplo, no Direito das Sucessões, no Direito Penal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Direito Empresarial e do Trabalho. Sami, observou na prática, um método auxiliar da justiça que favorece a conciliação entre as partes, elevando as realizações de acordos efetivos entre as partes.

Diante do conteúdo apresentado, a presente pesquisa tem como objetivo geral estudar o desenvolvimento de algumas das ferramentas inovadoras para utilização de métodos alternativos para resolução de conflitos. Como objetivos específicos pretende-se elencar os métodos utilizados atualmente pelo Direito Sistêmico, apresentar a constelação sistêmica com método auxiliar na prática do Direito e apresentar os resultados já obtidos através de estudos sobre a utilização destes métodos.

2. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO JUDICIÁRIO

O direito, por se tratar de uma ciência social, originou-se das relações interpessoais no decorrer da história. Como se sabe, com o decorrer do tempo e da evolução humana, além dos traços físicos, alteraram-se também os traços sociais dos seres humanos, como a vivência em sociedade.

Para que seja possível essa vivência de maneira ordenada, foi necessário o surgimento do Direito Positivo ou Objetivo, que é o ordenamento jurídico da vivência humana. O Direito Positivo protege o direito subjetivo, que trata dos direitos de cada indivíduo na sociedade.

O direito, por ser originado de uma ordem social, deve cumprir a sua **função social**.

A função social do direito, é então, uma maneira de se viabilizar a paz social através das normas jurídicas que regem as relações interpessoais do povo em sociedade. Essa estrutura da função social, se faz desde os tempos mais remotos da humanidade, onde o homem, ao começar a viver em sociedade, necessitava de regras, não necessariamente positivadas, para que houvesse uma convivência e interação social de maneira pacífica e ordenada. O direito positivado, surge após a estruturação política da sociedade, onde então, são criadas as regras de fato, para a convivência interpessoal.

Porém, quando não é possível essa convivência social pacífica, em geral, ocorrem os conflitos. O ideal é que, para que sejam realmente solucionados, não gerem mais conflitos e discordância entre as partes. Para isso, foram sendo aprimoradas técnicas conciliadoras, tais como a conciliação e a mediação.

Somente com o advento do Código de Processo Civil de 2015 é que estes métodos conciliativos foram criando forças e foram realmente positivados. No antigo Código de Processo Civil (de 1973), sequer, eram mencionadas a mediação e conciliação, como são atualmente, no §3º, do Artigo 3º.

A positivação destes métodos, seu deu pela necessidade da adequação do sentido de justiça tendo em vista, toda a questão da evolução social que ocorre no correr do tempo. No Brasil, em 2015, além de estarem mencionados no Código de Processo Civil, foi aprovada também, a lei das mediações, que tem como função, ser uma prática restaurativa na condução dos conflitos.

Por reger a vivência em sociedade, o direito teve de se adaptar a evolução da humanidade, analisando também o subjetivo de cada indivíduo.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê a utilização da mediação no sistema judiciário em seu artigo 3°, §3º. No entanto, apesar de citada no Código de Processo Civil, há uma lei específica sobre a mediação, lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre os regramentos da mediação como solução de conflitos.

O direito ao acesso à justiça é uma justificativa para o surgimento das mediações no processo judicial brasileiro, pois, segundo Carlos Eduardo de Vasconcelos (2008), tal direito é identificado como direito fundamental na estrutura político-jurídica dos Estados Democráticos de Direito.

Ainda, Vasconcelos (2008) afirma que atualmente, há um movimento universal para a efetividade do acesso à justiça, onde englobam-se algumas matérias como, a instrumentalização de uma Defensoria Pública habilitada; o desenvolvimento de ações populares e civis públicas; a simplificação do serviço judiciário; a adoção da mediação paraprocessual voluntária; a difusão da mediação, da arbitragem e de outras abordagens extrajudiciais; a expansão do direito internacional e do direito de integração supranacional.

Após esta breve análise do movimento para a efetividade do acesso à justiça, vê-se que os campos da vida de cada indivíduo convergem para a esfera pública. Assim, viram-se os holofotes para uma nova forma de analisar a política e a justiça, criando uma constituição dos sistemas políticos e jurídicos, que contempla a mediação e estabilização das demandas de acesso à justiça. (VASCONCELOS, 2008).

Para incentivo à adoção de mecanismos consensuais de tratamento do conflito, o Conselho Nacional de Justiça, em 29 de novembro de 2010, instituiu uma política pública, que foi chamada de Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Por fim, vê-se que com o decorrer do tempo, o direito vem se adaptando e evoluindo para diferentes maneiras de solução de conflitos, de acordo com suas peculiaridades, afim de se fazer, realmente, a justiça.

Ainda acerca desta maneira de se realizar a justiça, têm-se a chamada, "Justiça Multiportas", que é destacada pela peculiaridade do conflito, no momento de escolha do método a ser utilizado.

A Justiça Multiportas

Na justiça multiportas, é posta em prática, a tentativa de se resolver os litígios fora do âmbito processual. Aqui ocorrem as formas heterocompositivas, que são a arbitragem e jurisdição, e a autocompositiva, que é composta pela **mediação** e conciliação. Neste segundo, ocorre quando as partes resolvem entre si o conflito de interesses do direito material (MARINONI, et al, 2016.)

O atual Código de Processo Civil brasileiro é um grande incentivador das práticas autocompositivas conforme podemos ver em seu artigo 334.

A autocomposição, é uma solução negocial e, segundo Fred Didier (2016, apud VIEIRA, 2018), esta modalidade de solução é um importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, tendo em vista que a decisão a ser tomada pelo magistrado terá as partes envolvidas como protagonistas na construção desta. Ainda neste sentido, se diz que há um entendimento de que o estímulo à autocomposição pode ser considerado como um chamamento para que haja participação popular no exercício do poder, que neste caso, seria o poder de solucionar as demandas e ainda, somado a isso, é atribuído também, um caráter democrático nesta forma de sentenciar.

Este movimento é estimulado pelo próprio Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 3º, §3º onde também é assegurada a mediação, conforme citado anteriormente, no item **2**.

Outra estimulação é o **Movimento Pela Conciliação e Mediação e a Semana Nacional de Conciliação**, implantado em agosto de 2006. Este movimento é uma mudança progressiva da cultura para uma abordagem de solução que traz o real significado de acesso à justiça (VIEIRA, 2018, P. 43). O objetivo deste Movimento, é alterar a cultura de conflitos para uma cultura de construção de acordos, através de metas que devem ser cumpridas pelos órgãos jurisdicionais, para que haja a garantia da celeridade e efetividade na prestação jurisdicional,

bem como a adoção de meios alternativos de soluções adequadas a cada particularidade dos conflitos.

Atender ao direito de acesso à justiça (real), previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal é o intuito deste movimento.

Na Semana Nacional de Conciliação, são discutidos e explanados assuntos e resultados acerca do tema em questão, afim de incentivar outros operadores do direito a aderirem as diversas práticas conciliativas para assegurar à população o direito de acesso à real justiça.

Assim, como se pode observar, a justiça conciliativa é algo que está em ascensão no direito, tendo em vista, toda a movimentação social que é possível se ver nos dias atuais, afim de que haja uma mudança de visão do direito, para que não mais se fale sobre direito com uma conotação negativa, conflituosa e desgastante. O que se têm visado é atingir a essência do direito e se fazer, realmente a mais pura e real justiça.

Com o intuito de fortalecer e auxiliar a mediação e a conciliação, através da justiça multiportas, surge a Constelação Familiar, que será explanada a seguir, como alternativa de expansão de horizontes para se enxergar além do conflito em si, mas todas as pessoas envolvidas naquele sistema em desordem.

3. DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR OU SISTÊMICA

A constelação familiar sistêmica, se trata de um método terapêutico desenvolvido pelo filósofo alemão, Bert Hellinger, que fora desenvolvido com base em outros métodos psicoterapêuticos onde ocorre a análise de inúmeros fatores que envolvem um único indivíduo.

> Na elaboração de sua teoria, Bert Hellinger realizou diversos estudos, dentre os quais: a Psicanálise, a Terapia Contextual, a Terapia Primal, a Análise Transacional, a Técnica da Família Simulada ou escultura Familiar, o Psicodrama e a Hipnoterapia

> com base nos quais desenvolveu seu próprio método terapêutico, que ficou conhecido no Brasil como Constelação Familiar ou Sistêmica. (RIBEIRO, 2014 apud AGUIAR, A. C.B. et al, 2018. P. 5.)

Através desse estudo sistematizado, Hellinger desenvolveu a técnica terapêutica que analisa fatos "invisíveis" através das Lealdades Invisíveis, que são identificadas, por exemplo, através da repetição de padrões; do Inconsciente Coletivo, que segundo Carl Gustav Jung, é herdado (JUNG, 2000 apud AGUIAR, A. C.B. et al, 2018. P. 23); O pensamento sistêmico, onde são visualizadas e analisadas todas as ocorrências dos fatos intrínsecos ao indivíduo; e o Campo Mórfico, que, segundo Rupert Sheldrake, é um meio de compreensão de fenômenos que são desconsiderados pela ciência tradicional. (SHELDRAKE, 1995 apud AGUIAR, A. C.B. et al, 2018. P.29)

Durante a sua observação analítica dos sistemas, Hellinger observou a presença de um "regimento" nos sistemas familiares. A esse regimento deu o nome de **Leis Sistêmicas ou Ordens do Amor**, são elas: A Lei do Pertencimento, A Lei da Precedência ou da Hierarquia e A Lei do Equilíbrio entre dar e receber. É para que haja a harmonização, que os sistemas são regidos por essas três leis.

3.1 AS LEIS SISTÊMICAS

Como dito anteriormente, para que haja a harmonização dos sistemas a presença destes princípios inatos e inconscientes dos seus indivíduos é necessária.

A Lei do Pertencimento, ou primeira lei sistêmica, dispõe que não deverá haver a exclusão de nenhum membro do sistema em questão, em nenhuma circunstância, incluindo casos de membros já falecidos.

A Lei da Precedência ou da Hierarquia, ou segunda lei sistêmica, é regida por uma questão de ordem, onde os que vieram antes, no sistema, tem preferência sobre aqueles que vêm depois. No sistema

familiar, este caso é facilmente exemplificado com a relação entre pais e filhos, onde, sistemicamente, os pais são maiores que os filhos, pois vieram primeiro. Ou também na relação de irmãos onde o primogênito, tem preferência sobre o segundo filho.

A Lei do Equilíbrio entre dar e receber, ou terceira lei sistêmica, é a lei onde são edificadas as relações interpessoais onde há o credor e o devedor numa relação de troca. Nem sempre a lei ocorrerá com a troca, isso dependerá do tipo de relacionamento que está em análise. A troca se dá entre os iguais, como por exemplo, um casal. Já num relacionamento entre pais e filhos, a troca não será possível, pois os pais sempre darão mais aos filhos, sendo a vida, o maior presente que os filhos recebem dos pais. (HELLINGER, 2008, apud AGUIAR, A.C.B. et al,

2018. P.57)

Dentro de seus estudos, Bert Hellinger identificou fatores que influenciam diretamente o caminhar do sistema. A influência destes fatores vem da Consciência, que por ele foi dividida entre "boa" e "má", que são diferenciadas de acordo com os atos e atitudes de cada indivíduo daquele sistema.

Assim, como forma de vínculo ao sistema familiar, rege-se a consciência que nos define através do nosso comportamento e modo de pensar e agir.

3.2 A CONSCIÊNCIA

É fato que todos os seres vivos nascem com uma certa "programação de vida", principalmente sobre a questão de convivência social e que ao longo dela, essa programação recebe melhorias para que seja mais fácil a convivência em sociedade, como por exemplo, costumes e regras de etiqueta, que são transferidas de pais para filhos ou professores e alunos. Porém, além de ser uma pré programação, tal consciência carrega também traços e informações acerca de todo o histórico familiar do indivíduo, informações ancestrais a nível inconsciente, mas que, após o advento das constelações familiares passou-se a compreender como essa consciência influencia o

comportamento humano e qual a sua razão. Esta consciência possui duas vertentes, as quais denominam-se "boa" e a "má" consciência. Vale ressaltar que não são definidas pelo sentido estrito das palavras.

Por "boa consciência", define-se aquela consciência atrelada à consciência familiar. É a consciência que carrega as informações do sistema que, através da lei do pertencimento, rege o indivíduo para que caminhe conforme o histórico daquele sistema familiar. É pela boa consciência que ocorrem as repetições de ciclos nos descendentes, como uma forma inconsciente destes se mostrarem pertencentes e fiéis ao seu respectivo sistema.

Na contramão, têm-se a "má consciência" que é a consciência que faz o indivíduo praticar atos julgados como errados pelo seu sistema de origem, pois estes atos fazem com que o indivíduo se afaste da linha de condutas daquele sistema. Vale ressaltar que sistemicamente, não há certo ou errado. Ou seja, se o indivíduo se afasta de seu sistema, é para criar ou quebrar vínculos inconscientes que levam a melhoria deste e a diminuição, ou até mesmo a solução dos emaranhamentos presentes nele. Muitas vezes, num sistema familiar, aquele julgado como a "ovelha negra", muitas vezes, é aquele que colocará em ordem o sistema que se encontra em desequilíbrio.

4. DO DIREITO SISTÊMICO

Antes de adentrar especificamente no direito sistêmico, devemos ressaltar o artigo 3º do Código de Processo Civil, que, em seus parágrafos 2º e 3º assegura e, principalmente, estimula a realização de métodos consensuais de soluções de conflitos e prevê essa que essa estimulação seja realizada pelos Juízes, Advogados, Defensores Públicos e membros do Ministério Público.

Nesta seara, vemos que o judiciário tem expandido seu campo de atuação, começando a deixar de observar apenas a demanda em si, mas aos poucos começa a olhar para todos os desdobramentos referentes àquela questão em si. Com isso, com maior frequência, se vê a utilização de outras áreas do conhecimento atuando em conjunto

com o Direito, o que é positivo, tendo em vista que essa cooperação entre as matérias, faz com que o conflito tenha suas chances de recorrência diminuídas, tendo em vista, o tratamento de suas raízes.

O direito sistêmico é, segundo Sami Storch (2010, apud Klein, Garabini, 2017) "uma visão sistêmica do direito, pela qual só há direito quando a solução traz paz e equilíbrio para todo o sistema." Ou seja, ele consiste na utilização das leis sistêmicas e da constelação familiar na análise profunda de um certo conflito afim de que se encontre a origem real do conflito, na mais profunda das camadas da alma, para que haja a resolução real do conflito pois, após identificada a real causa daquele conflito, maiores as chances do enfoque dos interessados recair sobre aquilo que realmente interessa, em se tratando da resolução do conflito de maneira oficial e não paliativa. A utilização deste método auxiliar na justiça favorece a conciliação entre as partes, aumentando em grande escala as realizações de acordo entre as partes.

Este método, muitas vezes, faz com que o conflito não seja encaminhado ao judiciário, tendo em vista, que se ocorrer a constelação antes do ajuizamento da ação, seja por indicação do advogado ou até mesmo do próprio interesse de uma ou de ambas as partes, a realização do acordo será facilmente decidida, o que, a longo prazo, indicaria um desafogamento do sistema judiciário, que notoriamente está sobrecarregado devido à superlotação de ações, independente de qual área sejam.

A introdução do método das Constelações Familiares no Judiciário brasileiro se deu graças ao Dr. Sami Storch, que é juiz atuante no tribunal de justiça da Bahia desde 2006, atualmente, é doutorando na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde o tema de sua pesquisa é: DIREITO SISTÊMICO: A resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares.

O seu conhecimento do método das constelações familiares se deu através de um workshop sobre o tema, em São Paulo, enquanto buscava por autoconhecimento para solução de questões pessoais. Após esse primeiro contato com as Constelações Familiares, Sami Storch se empenhou em aprofundar-se nessa nova ferramenta de

desenvolvimento pessoal que há pouco tempo havia conhecido. Seu contato com o método se deu anteriormente à sua posse no cargo de Juiz, o que ocorreu em 2006.

De fato, a constelação familiar foi aplicada em um caso concreto que tramitava no município de Palmeiras, no ano de 2010. Antes disso, o Juiz aplicava aos poucos, princípios sistêmicos que aprendia no seu curso de formação, durante algumas audiências. Mas, retornando ao caso pioneiro, em 2010, tratava-se de um processo de disputa de guarda de uma criança de 4 anos, onde as disputantes eram mãe e avó da criança.

Após o sucesso na finalização deste processo, a técnica passou a ser utilizada com maior frequência por Sami Storch, que também, passou a ministrar palestras e workshops acerca do tema, tendo em vista a obtenção de acordos em maior número quando são utilizados os princípios e técnicas das constelações sistêmicas, no curso do processo. Tendo sido pioneiro nesta aplicação, o Juiz é, também, autor do blog Direito Sistêmico (http:\\direitosistemico.wordpress.com), onde compartilha artigos e notícias baseadas no ensino da ciência das Constelações Familiares de Bert Hellinger. Além do Blog e da Magistratura, ainda atua como Coordenador e Professor de Pós-Graduação na Hellingerschule de Direito Sistêmico.

4.1 CONSTELAÇÃO FAMILIAR E O DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família foi a primeira área em que se foi utilizado o método da constelação familiar na solução de um conflito. Sami Storch, desde seu ingresso na magistratura, utilizou-se da abordagem sistêmica fenomenológica para tratar os conflitos que a ele chegavam, pois, acreditava que a partir desta percepção é que era possível que se alcançasse um olhar mais amplo, e real das disputas e questões judiciais das demandas.

O conceito de família, abrange não só a área jurídica, como também a área da psicologia e da sociologia. Mas, dando ênfase à área jurídica, vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu

paradigmas para compreensão da família, neste âmbito. Gerando a necessidade de se olhar para a família através de conceitos mutáveis que se adaptam de acordo com as suas alterações.

Em se tratando do direito de família, temos que um dos princípios norteadores desta área do direito, é o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no inciso III do parágrafo 1º da Constituição Federal Brasileira, de 1988.

O Princípio da Dignidade da pessoa humana é definido, através de um consenso doutrinário, como um conceito amplo e aberto à inúmeros interpretações, o que impediria uma definição específica para tal conceito. Para evitar uma possível restrição daquilo que ele realmente é, tendo em vista a influência da subjetividade em sua análise e aplicação.

Todavia, toda esta amplitude relativa ao princípio em questão, faz-se necessária uma tentativa de que se estabeleça uma certa definição do que é dignidade da pessoa humana, como um meio referencial a ser seguido e que também assegure segurança jurídica, afim de que se evite uma banalização de um conceito de suma importância no âmbito jurídico, nos dias atuais. Nesta linha, conforme ilustra Bárbara Maria Dantas Mendes Ribeiro (2018, p1) A dignidade é inerente à própria qualidade de pessoa humana, sendo esta razão suficiente para se ter respeitado um núcleo mínimo de direitos essenciais a essa existência.

Neste sentido, sendo o Direito de Família norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, Gagliano (2015, apud AGUIAR, et al, 2018, p. 109) conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana, como algo maior que simplesmente garantir a sobrevivência. É um respeito à existência humana de acordo com suas possibilidades e expectativas, sejam patrimoniais ou afetivas. É algo indispensável à realização pessoal e à busca da felicidade.

Sobre a felicidade, Bert Hellinger (2005, apud AGUIAR, et al, 2018, p. 109) diz que existem modos diversos de sentí-la. Ela pode vir da realização de uma tarefa com sucesso, trazendo algum benefício por aquilo que foi feito, ao seu agente. Ou pela sensação de alegria, que também é uma forma de felicidade, que se sente quando o indivíduo

toma os pais do jeito que são, fazendo com que a vida flua com maior leveza e facilidade.

Neste sentido, observando situações não vistas, através da sessão de constelação familiar, será possível verificar aquilo que não foi observado e que, em muitas vezes, poderá ser a raiz daquela situação que gera o Conflito.

Aqui, a Constelação Familiar se faz importante pois, na maioria das vezes, esses conflitos supracitados, tem sua tentativa de resolução fracassada, tendo em vista a subjetividade que permeia as questões objetivas dentro do direito de Família. Isso porque, os atos geradores de tais conflitos fazem parte da repercussão da manifestação do inconsciente nos sujeitos de direito.

Por fim, é possível se verificar que a utilização das constelações familiares como métodos alternativos de soluções de conflitos traz em maior porcentagem a possibilidade de acordo e inversamente à esta porcentagem, diminui-se em grande escala as chances de retorno ao judiciário o mesmo conflito, com os mesmos indivíduos. Assim, com a diminuição do número de processos, seja pela resolução mais célere do mérito, seja pela resolução do conflito antes mesmo do ajuizamento da ação, haverá o destravamento do judiciário, no que diz respeito ao grande número de demandas que gera um trabalho excessivo aos servidores, o que gera maior lentidão, podendo uma simples ação perdurar por anos e anos em curso graças a esse acúmulo que se vê atualmente no âmbito judiciário.

Conforme explanam Adriana Queiroz e Luanna Sousa (2018, p. 73) a aliança do Direito com as Constelações Familiares; Leis jurídicas com as Leis do Amor, gera uma união a serviço da sociedade como um todo. Apesar de ainda termos apenas uma noção do real impacto dessa nova abordagem dentro do judiciário brasileiro, é possível já ter ideia de que é um bom instrumento, que se utilizado com seriedade, respeito e responsabilidade, para se ter a serviço da resolução de conflitos, da pacificação familiar e social, trazendo para a realidade, uma justiça inclusiva e respeitosa, com cada uma das partes envolvidas no conflito, seja ele familiar, penal, empresarial, pois, hoje é possível

se verificar a aplicabilidade das constelações familiares não apenas no direito de família, mas também em outras áreas do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com esta pesquisa, concluiu-se que a justiça conciliativa está em ascensão, para que haja uma alteração quanto à visão que se tem do direto, retirando-se o a imagem negativa, conflituosa e desgastante, para se atingir a real essência do direito para que seja, de fato, possível aplicando-se a mais pura e real justiça. Como um método auxiliar na mediação e conciliação, a justiça multiportas possibiliza o uso da técnica da Constelação Familiar, como uma forma alternativa de análise do conflito para buscar, nos agentes, a real origem daquele conflito, tendo em vista que foi observada a influência de fatos passados, principalmente aqueles que foram ocultos que, por meio da consciência e através do campo morfogenético, chegam à atualidade do indivíduo trazendo à tona aquilo que precisa ser visto em seu interior.

Existem mecanismos legais nos dias de hoje que incentivam esta prática, como a resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, alguns dispositivos do próprio Código de Processo Civil, como o artigo 3º, §3º e 334.

No Direito, por se tratar de uma ciência social, ordenando a convivência entre as pessoas na sociedade a qual estão inseridas, sejam elas cíveis ou jurídicas, é necessária a análise do indivíduo com um todo e não apenas o ato do agente naquela situação que está sob análise. Para que esta análise do indivíduo por inteiro, podem ser utilizadas as Constelações familiares, que foram o objeto principal deste trabalho, que se trata de um método terapêutico desenvolvido pelo Alemão, Bert Hellinger, através de estudo e junção de outros métodos psicoterapêuticos que analisam o comportamento humano e os fatores que o influenciam.

Baseada nas Ordens do amor, a Constelação Sistêmica tem como objetivo a harmonização dos sistemas a que o indivíduo está inserido, sejam eles quais forem, familiar, social ou trabalho.

Durante o movimento de constelação, verifica-se quais são as informações contidas no campo morfogenético, pois elas possuem uma influência direta em toda a vida do indivíduo em questão. São informações relacionadas a todo o histórico familiar dos agentes litigantes, pois, pela luz da constelação familiar, é possível que seja identificada a razão e em qual momento houve essa conexão de alma que levou as partes a se encontrarem, da forma que esse encontro se fez necessário para que se trouxesse para à luz, alguma matéria do passado que foi oculta e precisava ser vista. É também analisada qual seria a vontade real, ou qual a melhor decisão a ser tomada, num processo de guarda de filhos por exemplo.

Em se tratando de guarda de filhos, lembra-se que é um marco histórico dentro do Direito Sistêmico, área do Direito que teve como precursor Sami Storch, juiz no interior da Bahia, que foi quem teve a coragem de iniciar a aplicação do método, que estudou por conta própria, para seu desenvolvimento pessoal, nos processos que estava julgando e passou a analisar que as demandas fluíam de maneira diferente depois que ele realizava a constelação. A sua primeira aplicação, foi, justamente, em um caso em que era discutida a guarda de uma criança, pela mãe e avó.

A fim de proferir a melhor sentença, de maneira que quem fosse beneficiada, neste caso fosse a própria criança, Sami Storch conduziu a sua primeira constelação dentro do judiciário, através de bonecos. Através do campo, demonstrou-se que, apesar do grande amor pela avó, ela se sentia melhor próxima da mãe. Esta prática, mostrou ao juiz, aos advogados e as partes, que a melhor decisão seria a de manter a filha com a mãe, pois é o que ela precisava naquele momento, tornando possível a real solução do conflito, que no caso seria o bem-estar da criança.

Tendo sido demonstrada, durante este estudo, a eficácia da aplicação do Direito Sistêmico no Direito de Família, também foi

possível, analisar a migração da prática para outras áreas do Direito, como o Direito das Sucessões, que mesmo estando, de certa forma, conectado ao Direito de Família, tem, por sua vez, um objeto de análise diferente, os bens materiais. Também foram observadas as práticas no Direito Penal; em casos que envolvam o Estatuto da Criança e do Adolescente; e, no direito Empresarial e do Trabalho.

Ainda se trata de uma área em desenvolvimento, que ainda tem muitos pontos a serem aprimorados e validados, mas que já se apresenta muito interessante e competente, tendo em vista, que nos casos demonstrados neste trabalho, foi após a aplicação do método que se obteve a solução real daquilo que estava travado no judiciário, sejam quais fossem os motivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Ana Cecilia Bezerra, et al. **Direito Sistêmico: O despertar para uma nova consciência jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 232 p.

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 21 mai. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 22 set. 2019

BRASIL, Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 01 mai. 2019.

BRASIL. Decreto Lei n. 3914, 09 de dezembro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm> Acesso em 25 set. 2019

BRASIL. Lei n. 7210, 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em 15 set. 2019

BRASIL. Lei n. 12.594,18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>
Acesso em 05 out. 2019

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> Acesso em: 05 mai. 2019.

HELLINGER, Bert. **Conflito e paz: uma resposta**. Tradução Newton A. Queiroz. 1ª ed. São Paulo: Cultrix, 2007. 152 p.

MARINONI, Luiz Guilherme, et al. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, v. 1. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIVÓRCIO IMPOSITIVO EXTRAJUDICIAL: AUTONOMIA DA VONTADE E DESBUROCRATIZAÇÃO

Yuri Araujo Vilhena[23]
Wilson Sebastião Rodrigues Soares[24]

INTRODUÇÃO

Objetivando acompanhar a evolução da sociedade, ainda que a passos mais lentos, o Direito está em constante progresso e aperfeiçoamento, principalmente no que tange ao direito de família.

Ao elencar as causas de término da sociedade conjugal, a legislação pátria estabelece que a separação, o divórcio, a nulidade ou anulação do casamento e a morte, encerram, por completo, o vínculo matrimonial, lembrando que do mesmo jeito que nasce, o casamento pode chegar ao fim.

O divórcio é o rompimento legal de vínculo de matrimônio entre cônjuges, em decorrência da vontade de um ou de ambos os nubentes, sendo um ato que põe fim ao casamento de forma absoluta, de modo que uma vez realizado, não pode mais ser reestabelecido, a não ser que os então divorciados se casem novamente.

Diante do exposto, o objetivo do presente artigo é apresentar à luz do Direito, a nova modalidade de divórcio que vêm ganhando espaço nas discussões em âmbito jurídico, qual seja, o divórcio impositivo, ou unilateral, idealizado incialmente, pelo Provimento nº 66/2019 do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Por tratar-se de uma nova modalidade, ainda há muito o que se discutir sobre o tema, pois é de tamanha relevância para o mundo

23 Aluno do Centro Universitário FAMINAS. Graduando em Direito. E-mail: yurivilhenarocketmail.com

24 Professor do Centro Universitário FAMINAS. Especialista em Direito Constitucional; Mestrando em Planejamento Regional e Gestão de Cidades. E-mail: wilsonsrs@hotmail.com

jurídico, considerando a possibilidade de, por meio do desejo de apenas um dos cônjuges, este se dirigir diretamente a um cartório e realizar o pedido de divórcio, ainda que o outro cônjuge não esteja de acordo com o fim do casamento ou alguma questão à ele inerente, como a partilha de bens.

Para que se possa atingir o objetivo final, será discorrido sobre as modalidades de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, diferenciando cada uma para o melhor entendimento. Em seguida, se falará sobre o divórcio impositivo, onde será analisado o provimento de nº 66/2019 e as discussões a respeito de sua constitucionalidade e viabilidade.

O trabalho utilizou-se do método de revisão bibliográfica de caráter qualitativo. Empregando-se a pesquisa documental indireta, onde se baseia em livros, artigos e matérias pertinentes ao tema.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL: O CÓDIGO CIVIL E A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

O fim da sociedade conjugal e do casamento é um dos temas mais relevantes na prática do Direito, onde pode-se definir o divórcio "como a dissolução do vínculo conjugal, declarada pela via legal, operada em vida dos cônjuges" (MEDINA, 2013, p. 292). Sendo assim, comparado como um contrato celebrado entre duas pessoas com objetivo de comunhão plena de vida, é extinto quando não tem mais finalidade entre uma das partes.

A vontade de celebrar um contrato nupcial, advém da vontade livre e autônoma das partes, devendo permanecer o princípio da dignidade humana e da autonomia da vontade, onde o Estado não pode impor o status de casados, pois "dependerá deles, não da lei, determinar se querem contrair matrimônio e quanto o querem extinguir" (CAMPOS, 2008, p. 277). A autonomia da vontade adentra a parte em que deixa claro que os nubentes eram livres para fazer a melhor escolha em sua vida, então se eram livres para escolher com

quem casar e quando casar, é de total saber, que também são livres para o divórcio, Maria Berenice Dias aduz que

> "o avanço é significativo e para lá de salutar, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Afinal, se não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazos para o casamento acabar...Mas, de tudo, o aspecto mais significativo da mudança talvez seja o fato de acabar a injustificável interferência do Estado na vida dos cidadãos. Enfim, passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, que não se encontra necessariamente na mantença do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim" (DIAS, 2016).

Após a Emenda Constitucional 66/2010, conhecida como Emenda do Divórcio ou popularmente conhecida como PEC do Divórcio, teve como objetivo revolucionar o Direito de Família brasileiro. O artigo 226, § 6º da Constituição Federal de 1988 em sua redação original fala que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos, com a promulgação da EC 66/2010 o mesmo artigo passa a ser simples e direto, onde diz que "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio" (BRASIL, 2010) não sendo mais viável juridicamente a separação de direito, tanto no quesito judicial ou extrajudicial, sendo banidas totalmente do sistema jurídico.

Destaca-se as palavras de Paulo Lôbo, sendo um dos percussores intelectuais da citada Emenda, que em seu artigo científico diz:

> O § 6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges (LÔBO, 2017).

Introduzido pela EC 66/2010, percebe-se por uma breve e simples analise que o legislador extinguiu com os requisitos que existiam referente à separação judicial e o seu prazo para conversão em divórcio direto, no caso de separação de fato. Onde os termos separação judicial, separação de fato e os seus respectivos prazos foram extinguidos como requisitos para o divórcio (SANTOS, 2017).

3. O DIVÓRCIO E SUAS VARIAÇÕES

Trazendo à tona as palavras de Maria Berenice Dias, o divórcio consiste em uma modalidade de término da sociedade conjugal, e tem o condão de dissolver o casamento, alterando o estado civil das pessoas (DIAS 2016, p. 346). O divórcio distingue-se da separação, pois vai dissolver o vínculo matrimonial e a sociedade conjugal.

O divórcio é um direito protestativo, ou seja, depende apenas da vontade de uma das partes, conforme o artigo 1.582 do CC que "o pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges" (CÓDIGO CIVIL, 2002), deixando claro que é uma vontade personalíssima. Em caso do cônjuge ser incapaz, o pedido poderá ser feito por curador, irmão ou ascendente.

Com a mudança no §6º do art. 226 da CF, há três formas de obter o divórcio: divórcio consensual judicial, divórcio litigioso e divórcio consensual extrajudicial.

O divórcio consensual judicial, acontece quando o casal que está se separando concordar em tudo (divisão dos bens, guarda dos filhos, pensão alimentícia, etc.), caso o casal não tenha filhos, o processo de divórcio é mais célere. Os consortes não precisam alegar razão ou motivos para fundamentar o pedido, sendo suficiente a declaração de que não desejam continuar juntos (LÔBO, 2017, p. 138).

O divórcio judicial litigioso, acontece quando não há acordo sobre algum ponto a ser discutido no divórcio ou quando uma das partes não pretende se separar. Esse tipo de divórcio é demorado, por conta das divergências entre o casal, também denominado de contencioso, é requerido por um dos cônjuges e segue o rito ordinário.

É vislumbrado quando não existe acordo entre as partes ou um dos consortes tem paradeiro desconhecido (CARVALHO, 2019).

Desde a edição da lei 11.441/07, autorizou a realização de divórcios consensuais em cartório, tendo em seus requisitos que o casal não tenha filhos menores ou incapazes, porque neste caso, terá que passar pelo juiz (DIAS, 2016). Sendo necessário procurar um advogado, que pode ser o mesmo para ambas as partes.

Nota-se, que o divórcio é o meio ideal para pôr fim a relação matrimonial. Deste feito, pode ser buscado por três diferentes vias, bastando a comprovação da existência de casamento válido para ser requerido.

4. DIVÓRCIO IMPOSITIVO OU UNILATERAL

O denominado divórcio impositivo, surge no meio jurídico através do provimento n. 06 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE, 2019), publicado em 14 de maio de 2019, tratando-se de uma inovação que permite a dissolução do vínculo conjugal, casamento, de forma unilateral no cartório de registro civil onde se deu o casamento.

O provimento citado, tem por base orientar e disciplinar os serviços prestados nos cartórios de Pernambuco, determinando medidas desburocratizantes, no caso do divórcio, dando autonomia a pessoa estabelecida pela Emenda Constitucional n. 66/2010, este provimento, possibilita a desburocratização da dissolução do vínculo conjugal por meio do divórcio impositivo

O divórcio impositivo tem enredado acirradas discussões no campo do direito de família ao estabelecer a possibilidade de realização do divórcio extrajudicial requerido apenas por um dos cônjuges.

A Ministra Nancy Andrighi do Supremo Tribunal de Justiça em seu relato diz que:

> A desjudicialização dos conflitos e a promoção do sistema multiportas de acesso à justiça deve

> ser francamente incentivada, estimulando-se a adoção da solução consensual, dos métodos auto compositivos e do uso dos mecanismos adequados de solução das controvérsias, tendo como base a capacidade que possuem as partes de livremente convencionar e dispor sobre os seus bens, direitos e destinos (STJ. RESP 1.623.475/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.04.2018, DJe 20.04.2018)

Gisele Nascimento (2019), conceitua o divórcio impositivo como o ato emanado da manifestação de vontade de apenas um dos consortes, dispensando a apresentação de justificativa e sem necessidade de acionamento do judiciário. Assim, alguns estudiosos da área do direito de família, pregam a possibilidade do divórcio unilateral em cartório, Rodrigo Toscano Brito diz:

> Alinha-se à jurisprudência brasileira que admite ser o divórcio, após Emenda Constitucional n. 66/2010, direito protestativo de qualquer das partes, não havendo necessidade de se ter a "anuência", nem mesmo a audiência prévia do outro cônjuge, no âmbito judicial, quanto à questão do divórcio em si, que trata sobre o estado civil da pessoa (BRITO, 2019)

Pedido feito, dar-se-á ciência ao outro cônjuge, sendo que, após a efetivação da notificação pessoal, será procedida a averbação do divórcio impositivo na certidão de casamento das partes, não sendo encontrado, será feito por edital.

A praticidade de expor a sua vontade, o cônjuge, unilateralmente, elabora o pedido de dissolução da sociedade conjugal em cartório, do qual dar-se-á ciência ao outro cônjuge, averbando a decisão da certidão de casamento.

No dia 30 de maio de 2019, o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019), editou a recomendação n. 36 proibindo que os Tribunais

de Justiça dos Estados e Distrito Federal regulamentem a averbação de divórcio unilateral requerida em cartório, e determinando a revogação dos provimentos existentes. Flávio Tartuce em seu artigo "O divórcio unilateral ou impositivo", diz que o Corregedor-Geral de Justiça do CNJ, pontuou que o Provimento n. 06/19 do TJ/PE não observou o princípio da isonomia, "uma vez que estabelece uma forma específica de divórcio no Estado de Pernambuco, criando disparidade entre esse e os demais Estados que não tenham provimento semelhante teor" (TARTUCE, 2019). Ainda em seu artigo, Tartuce frisa, que:

> Haveria uma consequência gravíssima para a higidez do direito ordinário federal, cuja uniformidade é um pressuposto da Federação e da igualdade entre os brasileiros. A Constituição de 1988 optou pela centralização legislativa nos mencionados campos do Direito. Ao assim proceder, o constituinte objetivou que o mesmo artigo do Código Civil ou do Código de Processo Civil fosse aplicado aos nacionais no Acre, em Goiás, em Natal, em São Paulo, no Rio Grande do Sul e nos demais Estados. Quando houver aplicação divergente dessas normas, entrará a função uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania, por meio do recurso especial. Aceitar que um tribunal local legisle, embora não se utilize essa terminologia no texto do Provimento n. 06/2019, é o mesmo que negar a existência do Superior Tribunal de Justiça e suas funções constitucionais (TARTUCE, 2019)

Após as crescentes discussões, o Senador Rodrigo Pacheco do partido Democratas, apresentou no dia 06 de junho de 2019, projeto de lei tratando do divórcio unilateral ou impositivo, Projeto de Lei de n. 3.457/2019. De acordo com o projeto, o cônjuge poderá pedir unilateralmente o divórcio desde que assistido por advogado ou defensor público, de modo que o outro cônjuge será notificado, não

sendo encontrado a citação será feita por edital e dentro de 05 dias se efetivará o divórcio (RAGAZZI, 2019). O texto foi inspirado pela norma administrativa do Tribunal de Pernambuco, a ideia principal do projeto é incluir um artigo 733-A no Código de Processo Civil, afastando todos os óbices – formal e material. Conforme o texto proposto:

> Na falta de anuência do outro cônjuge para a lavratura da escritura, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais, qualquer um dos cônjuges poderá requerer, diretamente no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais em que lançado o assento do seu casamento, a averbação do divórcio, à margem do respectivo assento. (TARTUCE, 2019)

Nota-se, que o conteúdo do projeto apresentado pelo respectivo Senador é similar ao conteúdo do provimento n. 06/2019 do Estado de Pernambuco. O divórcio impositivo, em âmbito nacional, não está regulamentado por lei, com isso, várias são as demandas quanto a sua constitucionalidade.

Elencando que a questão quanto a competência para legislar sobre direito civil e registro público, compete privativamente a União, respectivamente, sobre "direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico espacial e do trabalho" de acordo com o artigo 22, I da Constituição Federal de 1988.

Destaca-se o aviso de Rodrigo Brito (2019) que a "matéria do provimento é reservada apenas à lei federal. Um provimento não pode regular a matéria disciplinando que o interessado compareça diretamente ao registro civil de pessoas naturais e ali requeira o divórcio impositivo. Apenas a lei federal poderia assim dispor". Nos mesmos moldes, compete a União legislar sobre "registro públicos", artigo 22, XXV, CF/88 (LENZA, 2017)

O provimento n. 66/2019 é inconstitucional, pois não vem de uma Lei Estadual, mas sim, de um provimento que por si só não tem força de lei, necessitando de uma Lei Federal específica que o contemple,

visto que o provimento contemplaria somente um Estado, violando o princípio da isonomia (BRANCO; MENDES, 2019).

Apesar de inconstitucional, ao que diz a legislação pátria, o provimento é louvável, pois uma vez que um dos objetivos é desburocratizar a dissolução do vínculo matrimonial por meio do divórcio impositivo, levando em conta princípios altamente importantes para a legislação brasileira, reiterando o princípio da liberdade e da autonomia da vontade. Com a evolução social, esta modalidade tem se mostrado útil, no entanto sua regulamentação está equivocada, sendo necessária lei Federal específica que o contemple.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O divórcio é a modalidade mais conhecida para que se possa dar fim à sociedade conjugal e ao casamento. Tem-se no ordenamento jurídico o divórcio consensual (judicial ou pelo cartório) e o divórcio litigioso, quando as partes não encontram acordo entre eles.

O princípio da dignidade humana e da autonomia da vontade, é essencial para que possa ser celebrado o casamento, bem como para que ele possa ser dissolvido, pois a própria vontade de uma pessoa em decidir a sua vida não comporta interferência do Estado quando não há impedimento para que ela possa decidir sozinha, situação em que sua vontade deve prevalecer.

A PEC do Divórcio, teve um papel muito importante no Direito da Família, tornando mais célere o divórcio, pois a sua redação tornou-o simples e direto, ao prever que o casamento pode ser dissolvido puramente pelo divórcio.

Através da pesquisa, observa-se que o pedido para o divórcio unilateral é personalíssimo, tendo vontade exclusiva de uma parte, não precisando de motivo maior para o rompimento do contrato conjugal, bastando a sua vontade explicita.

O divórcio impositivo, abre um leque de possibilidades para a pessoa no momento de resolver suas questões pessoais, contando puramente com a sua vontade. O pedido é puramente unilateral, pois

o cônjuge é notificado, para que possa ficar ciente da vontade do outro, caso não seja encontrado, será feito por edital.

O cônjuge interessado na dissolução do matrimonio, expressa a sua vontade em cartório, que por sua vez irá dar ciência à outra parte e, logo após, a certidão de casamento é averbada passando a constar a decisão tomada.

Apesar disso, pode-se considerar que o Provimento n. 06/2019 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, é inconstitucional, contendo vício de forma, pois a matéria, objeto do provimento, é de competência privativa da União, violando previsão constitucional sobre o tema.

Entretanto, considerando que o divórcio tem como papel a dissolução do vínculo conjugal trazido pelo o casamento, o divórcio impositivo veio como um facilitador deste ato, dissolvendo a sociedade conjugal quando o outro consorte nega o rompimento.

Percebe-se assim, que o divórcio impositivo, caso regulado pela via legal adequada, será um instrumento de desburocratização para a manifestação de vontade das partes, trazendo vantagens práticas. Pode-se destacar as situações em que um dos cônjuges está desaparecido, ou até mesmo em casos de violência doméstica, em que o diálogo entre as partes é impossível e deve ser evitado, sendo urgente e imperiosa e decretação do divórcio do casal.

A discursão sobre essa modalidade de divórcio e sua aplicação, é de uma grandiosidade ímpar para o avanço do Direito de Família no Brasil, atualizando a necessidade de trazer novos meios de solução para problemas antigos.

O divórcio sempre irá acontecer e a medida em que os casos se dão, é natural que eles venham a trazer novas problemáticas para o direito, que consequentemente, irão trazer novos olhares e soluções para o assunto.

O Projeto de Lei nº 3.457/2019, encontra-se em tramitação, pronto para entrar em pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no Senado Federal, podendo se tornar uma lei Federal que ao entrar em vigor surtirá efeitos em todo o país, podendo trazer por

fim, a evolução da tratativa do tema de modo uniforme no Direito de Família brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 24 Jul. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 Jun. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988). Emenda constitucional Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em 17 de mai 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n° 3457, de 2019**. Ementa: Acrescenta o art. 733-A à Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242>. Acesso em 05 Jul. 2020.

BRASIL. **Recomendação nº 36, de 30 de maio de 2019**. Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190603-02.pdf>. Acesso em 01 jul. 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Divórcio impositivo.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6950/Div%C3%B3rcio+impositivo%3E>.Acesso em: 24 de Jul de 2020.

CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direito de Família e das Sucessões**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Até que enfim**. 2016. Disponível em: <https://www.jurisite.com.br/advogado_foco/ate-que-enfim/>. Acessado em: 17 de mai 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 138.

MEDINA, Maria do Carmo. **Direito de família**. 2 ed. Lousã: Escola Editora, 2013.

NASCIMENTO, Gisele. **Divórcio impositivo em cartório**. Disponível em: <https://www.oabmt.org.br/artigo/460/divorcio-impositivo-em-cartorio> . Acesso em 29 de Jun de 2020.

PERNAMBUCO. **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco**. Provimento nº. 06//2019: Regulamenta o procedimento de averbação, nos serviços de registro civil de casamentos, do que se denomina de " divórcio impositivo " e que se caracteriza por ato de autonomia de vontade de um dos cônjuges, em pleno exercício do seu direito

potestativo, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências. 2019. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/web/corregedoria/legislacao/provimentos/2019> . Acesso em: 01 Jul. 2020.

RAGAZZI, Lucas. **Projeto de Rodrigo Pacheco permite divórcio de forma unilateral**. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/minas-na-esplanada/projeto-de-rodrigo-pacheco-permite-divorcio-de-forma-unilateral-1.2193192>. Acesso em: 09 Jul. 2020.

SANTOS, Luiz Cesar Rocha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010, o novo divórcio e o fim da separação judicial**. 2017. Disponível em:<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-159/a-emenda-constitucional-n-66-2010-o-novo-divorcio-e-o-fim-da-separacao-judicial/#:~:text=%E2%80%9CO%20casamento%20civil%20pode%20ser,.%E2%80%9D%20(PEREIRA%2C%202013%2C>. Acessado em: 17 mai 202

STJ. **REsp 1.623.475/PR**, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.04.2018, DJe 20.04.2018.

TARTUCE, Flávio. **O divórcio unilateral ou impositivo.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI305087,11049-O+divorcio+unilateral+ou+impositivo>. Acesso em: 02 Jul. 2020.

BENS DIGITAIS "O LEGADO DIGITAL PÓS MORTE"

Eduarda da Silva Guimarães[25]
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro[26]

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a herança digital é um tema que está muito atual, englobando Direito de Sucessão, dentre outros aspectos jurídicos. A internet, nos últimos tempos, vem ganhando uma popularização muito grande, o que interfere nas relações interpessoais, alterando o mundo de certa forma.

Contemporaneamente, a população em massa utiliza da internet como meio de armazenar músicas, vídeos, fotos, o que faz acumular cada vez mais informações pessoais na rede.

Desta forma, faz-se necessária a discussão do destino desses bens virtuais quando ocorre o falecimento de seu proprietário. Para isso, se tem a nomeada Herança Digital, que nada mais é do que a alienação do pecúlio digital do de cujus a seus sucessores, na qualidade de herança.

Importante dizer, que o espaço virtual vem sofrendo avanços desenfreados, ficando cada vez mais difícil nossa adequação nesse mundo digital. Ainda, com toda essa modernidade, é importante atentar-se ao que é colocado na internet, visto que uma vez exposto na rede, esta armazenará todos os seus dados. Isso faz com que assuntos como herança digital sejam extremamente necessários a serem passados para as pessoas, visto que a maioria delas tem esses bens armazenados e necessitam de proteção para que após a morte dessas, sejam passados a seus herdeiros.

25 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifaminas. Pós Graduanda pela Faculdade ÚNICA. E-mail: eduardaguima@outlook.com

26 Professora do Centro Universitário Unifaminas. Mestra em Direito Processual, Efetivação da Justiça e Direitos Humanos pela UCP. Pós Graduada em Direito Processual Contemporâneo pela UFRRJ. Autora de diversos artigos jurídicos. Advogada. E-mail: thaysaaquino@hotmail.com

Ao se falar em bens digitais, observa-se que estes são tratados como bens incorpóreos, ou seja, eles existem, porém não são físicos, são caracterizados como bens abstratos. Dessa forma, o usuário os tem inseridos na internet de forma que este trará algum aproveitamento para o mesmo, sendo usado para fim econômico ou não. Sendo assim, conclui-se que os bens digitais são compostos por vídeos, fotos, dizeres e outros conteúdos.

Porém, importa atentar-se, que os bens digitais sujeitos a herança digital e que entrarão na sucessão dos usuários, são somente aqueles que possuem valor econômico, o contrário disso, não há que se falar em herança digital.

2. DOS BENS

Inicialmente, antes de adentrar propriamente ao tema em questão, é imprescindível que seja elucidado, brevemente, o conceito de bens.

Entende-se por bem todo objeto material ou imaterial de uma relação jurídica. Ao mesmo tempo que o objeto do direito positivo é o comportamento humano, o direito subjetivo tem como objeto os bens ou coisas que não possuem valores pecuniários.

Os bens jurídicos, são aqueles que possuem natureza patrimonial, ou seja, é caracterizado por bem, tudo aquilo que é suscetível a ser incorporado ao nosso patrimônio, a exemplo, um automóvel, uma casa, um DVD, ou um livro.

Ademais, há de se falar também naqueles bens jurídicos não patrimoniais. Esses, não possuem valor econômico e ainda, não estão sujeitos a valor pecuniário, quais sejam a honra e a vida humana.

2.1 BENS DIGITAIS

Na sociedade atual, cada vez se faz mais comum a atualização da vida real "logada" no meio digital, isso se dá de forma desenfreada e

contínua. Não é novidade que a internet possibilita maior interação de inúmeras maneiras entre pessoas de diversas cidades, Estados, países, seja por meio de fotos, vídeos, ou ainda, por contratos de serviços, compras. Isso faz com que ao passar dos anos, uma grande quantidade de informações pessoais de usuários seja depositada na rede.

Dessa forma, são compartilhados por determinados usuários pensamentos, opiniões, dentre outros conteúdos, de cunho pessoal, profissional e econômico, desencadeando um patrimônio digital que carece de proteção, caso haja a morte ou incapacidade do proprietário.

Com isso, se deu a existência de um bem, denominado como bem digital, que se caracteriza como um bem incorpóreo.

Segundo Bruno Zampier: "Fruto da verdadeira revolução tecnológica digital operada em nossa sociedade nas últimas décadas (ZAMPIER, 2020, p. 58)".

Para o autor, não restam dúvidas de que se trata de bens jurídicos legitimados com claro envolvimento a este "novo mundo".

Ainda, para Lacerda (2017, p. 74) bens digitais são: "(...) bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que lhe trazem alguma utilidade, tenham ou não conteúdo econômico. "

Assim, surgiu a necessidade da existência desses bens, visto que o mundo tem se virtualizado cada vez mais.

Hoje, mais do que nunca em meio à pandemia do Covid-19, se utiliza, incessantemente, a internet, o espaço digital.

Muitas pessoas têm optado pelo home office devido ao risco do deslocamento de suas casas para o local de trabalho, fazendo de suas redes sociais, de seus sites profissionais um bem, um patrimônio.

No entanto, pode-se ressaltar a classificação de dois tipos de bem digital, quais sejam de valor econômico e de valor emocional.

No que tange ao valor emocional, pode-se destacar aquelas fotos que trazem lembranças, textos e mensagens enviadas e outros diversos conteúdos de valor sentimental. Muitas pessoas usam de suas redes sociais como álbum para armazenar essas lembranças e acessá-las em um momento oportuno.

Já o bem digital de cunho econômico, é aquele que entra na herança digital e pode ser transmitido a herdeiros após a morte do usuário. Esse é caracterizado por bibliotecas, sites profissionais, jogos online, milhas aéreas, contas monetizadas do Youtube, moedas virtuais, dentre outros.

É o que diz Evangelista (2019, p.38) a respeito dos bens digitais:

> De todo o exposto pode-se observar que os bens digitais podem ou não ter conteúdo econômico. Alguns estão conexos à própria personalidade do dono dos bens digitais e outros vinculados a questões estritamente econômicas, outros com caráter misto, dizendo respeito a aspectos personalíssimos, mas com conteúdo econômico.

O bem considerado econômico possui característica patrimonial. Isso significa que pode ser administrado e ainda, suscetível de divisão, consoante as regras de sucessão dos artigos 617 e seguintes do Código de Processo Civil.

Portanto, pode-se dizer que os bens digitais são tratados como imateriais, podendo ter cunho tanto econômico, quanto sentimental, que vai variar de acordo com o vínculo jurídico relacionado. Como exemplo, podemos citar um site de vendas, que é caracterizado como um bem digital com finalidade econômica o que faz dele um bem jurídico significativo nesse meio.

Já as fotos, os dados contidos de cada pessoa na rede, se trata de um bem imaterial, porém com finalidade não econômica, mas relacionado à particularidade do usuário.

Não obstante, sabe-se que são inúmeras objeções jurídicas em se tratando de bens digitais. No que diz respeito aos bens de cunho econômico, é de grande dificuldade para o Poder judiciário a deliberação de valores e essa discussão vem sendo cada vez mais frequente, ficando na responsabilidade dos órgãos forenses a proteção e distribuição dos bens digitais deixados a seus herdeiros através de testamento ou sucessão legítima.

3. DO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

No Código de Processo Civil Brasileiro, temos que herança está totalmente ligada ao direito de sucessão. No Brasil, a sucessão pode se dar de maneira testamentária, que ocorre quando é deixado pelo falecido um testamento nos trâmites da lei, estabelecendo a forma como o mesmo pretende distribuir seus bens. Tem também a forma legítima. Nesta, não é deixado nenhum tipo de testamento pelo falecido, pois é a lei quem determina seus sucessores. Além disso, ocorrerá essa forma de sucessão com a caducidade do testamento ou caso ocorra algo que o torne inválido.

Pode-se verificar que em relação à sucessão testamentária, na sucessão legítima há um caráter subsidiário, tendo em vista que só poderá acontecer efetivamente, caso a outra esteja impossibilitada. Este entendimento está em consonância com o que está expresso no artigo 1788, do Código Civil:

> Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrer quando os bens não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Entretanto, embora haja a subsidiariedade retratada em lei, requeresse retificação,

Segundo Carlos Roberto Carlos Gonçalves:

> A existência de testamento não exclui a sucessão legítima. Com efeito, a sucessão testamentária pode com ela conviver, em havendo herdeiro necessário, a quem a lei assegure o direito à legitima, ou quando o testador dispõe apenas de parte de seus bens.

Sabe-se que na sucessão por testamento, quem irá herdar é aquele que foi nomeado pelo testador. Já na sucessão legítima, as

pessoas que herdarão se dividem em herdeiros necessários e herdeiros facultativos. Entende-se por necessários aqueles resguardados por lei, tendo garantia de metade do patrimônio daquele que faleceu, são eles: Ascendentes, descendentes e cônjuges.

Lado outro, no que tange aos facultativos, estes só irão receber diante da inexistência de herdeiros necessários, caso o testador não tenha colocado expressamente a pessoa seria contemplada com os bens ou ainda, caso o testamento dispuser sobre desígnio do espólio.

No que tange à ordem da vocação hereditária, o Código Civil especifica uma ordem daqueles que se contemplarão da herança e esta deverá ser obedecida, de acordo com o artigo 1.829, do Código Civil de 2002:

> Art. 1.829: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.

Lado outro, no que diz respeito aos descendentes, à luz do Código Civil, esses são os primeiros a suceder, tendo por motivo maior a vontade presumida do falecido e ainda, a continuidade da vida humana. Importa dizer que através da sucessão legítima, todos os descendentes são agraciados.

Sabe-se que a única regra é a de que, imprescindivelmente, seja respeitada a ordem dos herdeiros, que o que está expresso pelo artigo 1.833 do Código Civil, que diz ainda que com exceção do direito de representação, aqueles descendentes de grau mais próximo eliminam os mais distantes. Ocorre da seguinte forma, primeiro os filhos, não

existindo, os próximos são os netos e caso ainda não haja, bisnetos, ressalvada hipótese de representação.

Posteriormente, podemos observar o que diz o artigo 1.835 do Código civil: "Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau".

Ou seja, a princípio se dividirá igualmente a herança entre os filhos daquele que faleceu, porém, caso ocorra a morte de algum desses herdeiros e estes deixarem mais de um filho, que seriam os netos do de cujus, haverá uma divisão da parte deste aos seus filhos, que é a chamada sucessão por estirpe.

No que concerne à sucessão dos ascendentes, esses vêm depois dos descendentes, e concorrem com o cônjuge. Nesse sentido, diz o artigo 1836 do Código Civil:

> Art. 1.836 Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. §1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas. §2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

De acordo com o que foi dito, o que se pode concluir é que somente haverá de se falar na sucessão dos avós em concorrência com o cônjuge sobrevivente, caso não haja genitores vivos, da mesma forma que, caso o pai e a mãe do de cujus ainda estiverem vivos, a herança será dividida pela metade entre os dois.

Na vocação hereditária dos ascendentes não há de se falar em direito de representação. Dessa forma, caso não existam ascendentes, não há herança para os sucessores, a herança será transmitida por completo a quem no mesmo grau estiver vivo.

No que diz respeito à sucessão do cônjuge, esse herdará caso não haja descendente e ascendente.

Todavia, existem algumas regras a serem observadas, expressas no artigo 1.830 do CC:

> Art. 1.830: Somente é reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Realizados todos os requisitos descritos acima, o cônjuge herdará de maneira integral.

Além do que foi dito, importa ressaltar o direito do cônjuge de habitar no imóvel que era do falecido, caso não haja outras pessoas para o inventário, à luz do artigo 1.831, do CC.

Ainda, no que tange à sucessão, faz-se necessário observar a situação dos colaterais. Esses são os últimos da fila na sucessão legítima, assim, eles só herdarão caso não exista descendente, ascendente e cônjuge sobrevivente que cumpra com as normas supracitadas.

Desse modo, aduz o artigo 1.839 do Código Civil de 2002: "Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau".

Diante dessa regra, de que "os mais próximos excluem os mais remotos", abre-se uma exceção no caso da sucessão legítima dos colaterais. Na representação conferida aos filhos de irmãos, irá acontecer a sucessão por meio de estirpe.

A sucessão legítima dos colaterais se faz presente nos artigos 1.841 a

1.843, ambos do Código Civil:

> Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar. Não concorrendo a herança de irmão bilateral, herdarão, em partes iguais, os unilaterais. Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes, e não os havendo, os tios. Se concorrerem à herança somente filhos de irmãos falecidos, herdarão por cabeça. Se concorrerem filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles. Se todos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual.

Em se tratando dos irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós, e sobrinhos-netos, que são os colaterais de até quarto grau, são considerados herdeiros legítimos, ou seja, estes não são herdeiros necessários o que é levado a entender que via de regra, o autor da herança pode eliminá-los da sucessão, visto que ele não detêm por lei, direito garantido.

Em síntese, pôde ser observado mesmo que brevemente a importância do direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro e um pouco do seu funcionamento, antes de adentrar propriamente a sucessão dos bens digitais o que facilitará o entendimento sobre o tema em análise.

4. DA HERANÇA DIGITAL

Apesar de muitas pessoas falarem sobre bens digitais, herança digital, trata-se de um tema novo, com pouquíssimas regulamentações legais a respeito. À luz do artigo, 1797, do Código Civil:

> A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I – senhas; II – redes sociais; III – contas

> da Internet; IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Ainda, no que tange às obrigações do herdeiro com fulcro no artigo 1.797-C:

> Cabe ao herdeiro: I - definir o destino das contas do falecido; a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou; b) - apagar todos os dados do usuário ou; c) - remover a conta do antigo usuário.

Portanto, herança digital é caracterizado por tudo aquilo que é possível ser guardado em espaço virtual. No Brasil, esse conceito ainda é pouco propagado, mas fica evidente a necessidade de uma regulamentação que ampare, apropriadamente, essas pessoas que ao morrerem terão sua propriedade digital resguardada.

4.1 SUCESSÃO DOS BENS DIGITAIS

Atualmente, a grande oferta de tecnologia tem aumentado, cada vez mais, o depósito de bens no âmbito digital.

Desta forma, é importante que esses bens sejam salvaguardados após a morte de seu usuário, tendo em vista que os familiares buscam não somente apagar o cadastro dos mesmos, mas sim procuram habilitar-se como gestores dessas contas.

Porém, os títulos desses bens são feitos através de contratos de serviço ou até mesmo política de privacidade o que dificulta um pouco a sua transmissão. Para isso, se tem a sucessão dos bens digitais

Sabe-se que, no Brasil, com a morte do autor da herança se dá a transmissão dos bens de caráter patrimonial a seus sucessores, havendo dois tipos de sucessão, a legítima e a testamentária, como foi dito no capítulo anterior.

De acordo com Bruno Zampier (2017, p. 127), a sucessão dos bens digitais, de caráter existencial, se dá de maneira mais complexa. Inicialmente, faz-se importante saber se são extintos o direito da personalidade com a morte do proprietário.

Como se sabe, após a morte finda-se a personalidade civil do titular do bem, que fica impossibilitado de ajuizar qualquer tipo de relação jurídica. Desse modo, faz-se necessário que além da vida repercutam os direitos de personalidade, principalmente quando há desrespeito a terceiros.

Nesse sentido, no Código Civil, o artigo 12, visa a proteção da propriedade do indivíduo:

> Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Além disso, observa-se o parágrafo único, do artigo 20, do mesmo diploma legal: "Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes".

Esse é caracterizado por norma especial, tão somente aplicável à honra e a imagem da pessoa.

É notório, com base nesses artigos, que são os sucessores do falecido os legitimados à proteção dos bens deste.

Todavia, quando há a morte do usuário, há também a perda de sua personalidade. É evidente que os familiares do de cujus recorrerão à justiça a fim de cessar qualquer tipo de lesão à personalidade do falecido, bem como administrar seus bens virtuais, sejam de valores sentimentais ou até mesmo aqueles com finalidade econômica, que são os que farão parte da sucessão. Mas até que ponto o direito pode interferir na privacidade do usuário? A família pode ter acesso às

informações pessoais do tipo conversas, dentre outros aspectos que, talvez, o usuário se sentiria constrangido em ter revelado? São aspectos que serão tratados a diante.

Ao pensar na sucessão dos bens digitais, faz-se interessante trazer em comento os bens digitais de cunho existencial e patrimonial. O bem de cunho existencial é aquele de intimidade do indivíduo, como conversas, informações, que talvez o mesmo não quisesse que fosse revelada a qualquer pessoa. Esse tipo de bem não deve ser alcançado pelos familiares do de cujus, tendo em vista de que de nada valerá aos mesmo e só servindo para trazer constrangimento à própria família ou a terceiros que, talvez, pudessem estar envolvidos.

Desse modo, falar-se-á em sucessão dos bens digitais, porém, de forma parcial, visto que só deveria ser transmitido aos herdeiros aqueles conteúdos que fossem da vontade do usuário e, que de certa forma, possibilitasse aos familiares dar continuidade à personalidade virtual do falecido.

Assim, os bens digitais existenciais não estarão sujeitos a serem sucedidos aos familiares do defunto, ao menos que este, em vida expresse sua vontade, ou ainda, que excepcionalmente, havendo justa causa e por determinação judicial se faça necessário.

Lado outro, em se tratando de bens digitais com finalidade econômica, estes, por ter caráter patrimonial, está sujeito à transmissão aos herdeiros do de cujus, seja de forma testamentária ou pela legítima.

Para melhor exemplificar esse tipo de bem, Bruno Zampier[27], em seu livro "Bens digitais", conta a história fictícia de um empresário, que havia falecido, mas que em vida, toda semana realizava inúmeras viagens e no decorrer de sua vivência, fora acumulando diversas milhas aéreas. Desse modo, fica evidente a necessidade de se transmitir esse ativo, tendo em vista o grande acúmulo do mesmo, havendo possibilidade deste ser utilizado e trazer lucros aos herdeiros.

27 ZAMPIER, Bruno. **Bens Digitais.** São Paulo: Editora foco, 2017

4.2 PRESERVAÇÃO DIGITAL

O assunto preservação digital está cada vez mais em voga, em virtude da grande quantidade de informações depositadas pelo usuário na rede. Não se trata de um conceito novo, porém, se faz cada vez mais importante, na medida em que maior quantidade de ativos digitais são gerados.

Preservação digital não versa somente a respeito de um simples backup de arquivos, mas sim uma série de atos em conjunto, feitos por profissionais que manterão ao longo do tempo em segurança as informações dos usuários.

Sabe-se que o usuário após sua morte, tem o direito de ter seu perfil na internet ou qualquer outro bem administrado por um familiar. Cita-se, como exemplo, o Facebook, que é uma rede social, que reconhece os familiares do usuário de forma a criar um mecanismo, preservando esse mural após a morte. Tão somente, os familiares e amigos do falecido têm a opção de preservar, ficando impedidos de apagar qualquer publicação, mesmo que mensagens ou publicações ofensivas ao usuário.

Nesse sentido, cita-se como preservação do bem digital a existência dos cofres digitais, que permitem a criação de um testamento por parte do usuário, dando a possibilidade deste de manifestar seu interesse em deixar informações do tipo senha, perfis e outros dados contidos na rede, a cargo de quem o mesmo deseja.

Porém, essa espécie de cofre digital irá depender dos termos de uso das redes, no que tange à morte do usuário, visto que é estabelecido por algumas contas virtuais que os conteúdos deixados pelo *de cujus* ficam a cargo das empresas. Já por outras, é permitido livremente o acesso por parte dos familiares e amigos.

Hoje, é notória a facilidade de se criar um documento, em armazenar uma informação em âmbito digital. No entanto, deve se fazer o questionamento, se é confiável o acúmulo ou não dessas informações na rede. Pode-se dizer que a preservação de bens digitais,

ainda, é escassa, não existindo nada concreto para se provar a sua eficácia.

Portanto, entende-se por preservação digital aqueles meios que possibilitam manter as informações da rede do usuário acessível por longo prazo, mantê-las em acesso constante.

Temos no Brasil, a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de dados), que é um órgão que faz parte da Administração Pública Direta do Brasil, englobando a Presidência da República, nele, são atribuídas proteções a dados pessoas e da privacidade. Nesse sentido, importa dizer que a ANPD é quem realiza a fiscalização do cumprimento da Lei nº13.709/2018, que é a chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a LGPD.

Atualmente, em meio ao cenário pandêmico da Covid-19, percebe-se que o investimento no comércio através da internet dominou o mundo. Neste período de quarentena, a internet vem funcionando como ferramenta quase que essencial na vida das pessoas, proporcionando distração, servindo como um meio de amenizar a saudade dos familiares, bem como, virando uma fonte de renda para muitas famílias. Assim como os trabalhos de home office, os usuários vêm apostando muito no trabalho autônomo através das redes, arriscando em vendas, atividades motivacionais, dentre outros. Consequentemente, as informações depositadas na rede vêm aumentando de maneira desenfreada, na mesma frequência com que as pessoas vêm acumulando cada vez mais bens digitais, fazendo-se imprescindível o debate do tema.

Para Bruno Zampier[28], falta proteção dos bens digitais, o que fere um dos mais importantes princípios da Constituição Federal, que é o Princípio da dignidade da pessoa humana, o que leva a súplica pela necessidade de maior amparo legal, de maior regulamentação desses bens.

28 ZAMPIER, Bruno. **Bens Digitais.** São Paulo: Editora foco, 2017

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que com a internet, com a expansão tecnológica, o mundo virtual também se tornou o mundo real. Tão real que hoje, as pessoas têm como sustendo a internet, e muitas delas têm tão somente as redes como fonte de renda.

Com essa vasta ampliação, se tornou cada vez mais comum o armazenamento de conteúdos por parte dos usuários nos mecanismos conhecidos como incloud, nuvem, dropbox, dentre outros programas de retenção dessas informações.

Desse modo, partindo da ideia de que esses dados digitais foram ganhando cada vez mais espaço e se tornando habitual a utilização destes todos os dias, foi-se criando a ideia de que esses bens deveriam ser destinados à alguém após a morte do usuário.

Assim sendo, levantou-se nesse trabalho a ideia do que seriam esses bens, que destino o patrimônio digital do indivíduo teria, através de análise bibliográfica, buscando maneiras de sanar os desafios que hoje rondam essa nova espécie de bem jurídico, com o intuito de preservar a intimidade, a privacidade do morto e ainda, assegurar o benefício da herança, que está expressa na Constituição Federal de 1988.

Foi levantado que existem bens digitais cujo valor econômico é nulo, que estes são advindos do direito de personalidade do de cujos, e que consequentemente não são dignos de serem sucedidos aos herdeiros, em decorrência do seu caráter intuitu personae.

Dessa forma, com a morte do usuário, os bens digitais de cunho existencial, serão salvaguardados sem exposição a seus familiares ou qualquer pessoa que seja. Contudo, devem ser observados o interesse público relevante e justa causa para o acesso aos mesmos mediante decisão judicial, que ainda assim, deverá observar ao máximo a privacidade do morto. Lado outro, também há de se falar no manifesto da última vontade do falecido, caso ele queira que essas informações sejam passadas adiante, deverá elaborar um testamento virtual.

Foi dito ainda, que existem aqueles bens digitais de cunho existencial, que deve ser levado em conta não só o interesse dos familiares como os de terceiros, devendo respeitar a privacidade do autor, e os de cunho econômico que são aqueles suscetíveis a sucessão, como por exemplo as moedas virtuais, milhas aéreas, dentre outros.

Entende-se após análise do tema que trarão riscos ao direito fundamental da pessoa humana à herança, a falta de disposição a respeito da mesma, podendo violar a privacidade e a intimidade do falecido. Dessa forma, pode-se concluir que mediante a falta de regulamentação apropriada, o remédio mais efetivo é a instigação do pleno exercício da autonomia privada do indivíduo, de modo que antes de falecer, o mesmo confira orientação aos seus bens digitais, sejam eles de valor econômico ou não, através de testamentos digitais ou codicilo. Assim será possível que o falecido, os familiares e terceiros envolvidos sejam preservados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

VIEGAS, Cláudia Rabelo Almeida. **A destinação dos bens digitais *post mortem***. Disponível em: https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/700728316/a-destinacaodos-bens-digitais-post-mortem. Acesso em: 05 de novembro, 2020.

ZAMPIER, Bruno. **Bens Digitais**. São Paulo: Editora Foco, 2017.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de Testamento Digital: **como se dá a sucessão dos bens digitais [recurso eletrônico]**, Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. p.38

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 122

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito das Sucessões** : São Paulo : Saraiva : 2011 : Coleção Sinopses Jurídicas – Vol. 4.

O ISOLAMENTO SOCIAL PROPICIANDO A ALIENAÇÃO PARENTAL: DEBATE ACERCA DA REVOGAÇÃO OU ALTERAÇÃO DA LEI 12.318/2019

Aline Aparecida Cunha Soares Barbosa[29]

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca abordar quais foram os impactos do Covid-19 atrelado ao isolamento social no âmbito familiar, que dentre todos os ramos do direito teve consequências gravosas, ainda mais quando se trata da família, não diz respeito somente das norma mas também de relações que compõe a sociedade e que geram reflexos em outras áreas.

De forma abrupta as famílias se viram em outro cenário, anormal ao que era até aquele momento, necessitando do cumprimento do efetivo dever de proteção incumbido ao Estado, quando se trata dos interesses de crianças e adolescentes, que carecem de extrema proteção, dado que estão em desenvolvimento, conforme já disposto na Constituição Federal.

Os reflexos da pandemia, afetaram a relações conjugais, aumentando absurdamente as separações e divórcios. Assim como a prestação de alimentos que, com o aumento do número de desempregos, neste compasso aumentou-se a inadimplência no pagamento desta prestação. Ainda, ante a situação de uma contaminação rápida e incontrolável, foi questionado o que seria melhor quanto ao direito de visitação.

Por conseguinte, a alienação parental se mostrou estridente, ressalta-se que não é justificável que a incidência da alienação parental aumente em tempos de pandemia, mas mostra-se necessário o debate acerca do tema, tendo em vista ser consequência do que está sendo

29 Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas, cursando o 7º período. E-mail: aline.csoaresb@gmail.com.

vivido. Há que se falar que o Brasil possui legislação que concerne a prática de alienação parental, a questão em pauta é: a Lei de Alienação Parental merece ser revogada ou alterada? As abordagens a seguir mostram uma perspectiva de tal indagação.

2. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

As famílias passaram por uma grande evolução histórica, que implicou na necessidade de adaptar o conceito a essas inovações. Isto porque era necessário também ampliar a proteção que cabe ao Estado oferecer as famílias, sem distinções. Adiante será abordado como se chegou a um conceito de família e a evolução até os dias atuais.

Por tratar de vínculos pessoais e dada a evolução que adiante será discorrida, mostra-se complexo conceituá-la, sendo forçoso afirmar que família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena de seus integrantes (STOLZE, 2021, p. 17).

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A família em seu todo, incluindo conceito e proteção, passou por uma evolução histórica até chegar ao que é visto nos dias atuais. Como pontapé inicial para esclarecer esta evolução apresenta-se o cenário da Roma Antiga, que tinha a figura do pater familias, esta figura era representada pelo pai, detentor de autoridade soberana na família, inclusive de vida e morte, e esse poder recaia sob os filhos, a esposa e noras; nessa época a esposa ao sair de sua família de origem para se casar, passava a pertencer a família do marido, sendo subjugada ao sogro, e com o falecimento desse, ao filho mais velho.

Houve a decadência do Império Romano e crescimento do Cristianismo, em que a família passou a ser considerada a que adviesse do casamento, sendo como um sacramento. Esta forma de composição familiar perdurou da Idade Média até a Idade Moderna, e seus vestígios são encontrados no Código Civil de 1916, que dispunha em

seu art. 229, que a família legítima seria aquela advinda do casamento, bem como a situação dos filhos, que eram considerados legítimos, se fossem comuns e fruto do casamento.

Ressalta-se que até 1977, em que se promulgou a Emenda Constitucional nº 19 que implementou o divórcio, se tinha somente o chamado desquite, em que se encerrava a sociedade conjugal, com a separação de corpos e de bens, mas não era extinto o vínculo matrimonial; dessa forma a pessoa desquitada não tinha amparo legal para se unir a outra pessoa. A separando da influência da igreja na regência da sociedade foi se dissipando, até que se chegou a Constituição Federal de 1988, pondo fim ao velho conceito e abarcando novidades no assunto, predispondo em seu art. 226, em alguns de seus parágrafos:

> 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.

A partir das disposições legais da Constituição, a família passou a ter novo arranjo, tendo como entidade familiar não somente a advinda do casamento, mas também da união estável e a família monoparental. Outra relevante alteração se deu ao trazer igualdade entre os cônjuges, e também entre os filhos, considerando todos como legítimos, independente de terem sido concebidos pelo casamento ou não, inclusive os filhos adotados. Com o advento do Código Civil de 2002, alguns de seus artigos reforçam o explanado na Carta Magna.

Ressalta-se que até 1977, em que se promulgou a Emenda Constitucional nº 19 que implementou o divórcio, se tinha somente o chamado desquite, em que se encerrava a sociedade conjugal, com a separação de corpos e de bens, mas não era extinto o vínculo

matrimonial. Dessa forma a pessoa desquitada não tinha amparo legal para se unir a outra pessoa.

3. ISOLAMENTO SOCIAL NO ÂMBITO FAMILIAR

O mundo foi pego de surpresa com a Covid-19, um vírus que se alastrou rapidamente levando a população a uma nova forma de vida. E resta evidente que todos os âmbitos foram influenciados pelas consequências da pandemia, o que será assunto aqui são seus reflexos no direito de família. Ante a rápida proliferação do vírus, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomendou o isolamento social como forma de combate ao vírus.

No Brasil, os primeiros casos surgiram em meados de fevereiro de 2020, e decorrido mais de um ano, ainda estamos sob os efeitos dessa pandemia. Diante deste cenário, o isolamento social e o distanciamento familiar afetam diretamente o direito de família, implicando no aumento do divórcio, no direito de visitas aos filhos, na prestação de alimentos e por conseguinte a alienação parental.

3.1 REFLEXOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES

É gritante o aumento do número das separações de fato e divórcios durante esse cenário de isolamento social, em alguns sites da web foi informado que o Google Brasil revelou um aumento de 9900% na busca pelo termo divórcio online gratuito em meados de 2020. Logo, o CNJ editou o provimento nº100/2020 que dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos e instituiu o Sistema de Atos Notariais Eletrônicos em âmbito nacional, dentre as novações, passou a ter a possibilidade do divórcio virtual; este novo formato possui os mesmos requisitos do divórcio do tabelionado, o que altera é o meio de ser realizado.

A pandemia afetou diretamente a economia do país, muitas empresas fecharam as portas, com isso o número de desempregados cresceu consideravelmente. Segundo estatística do IBGE, o índice

de desemprego chegou a 14,4% contra 11,6% no mesmo período do ano passado, com um registro recorde de 14,4 milhões de pessoas em busca de emprego, cerca de 2 milhões de pessoas a mais, se comparado com o período de um ano atrás. Com esses dados, é possível presumir que o número de inadimplência no pagamento de pensão alimentícia cresceu. De forma direta, a pandemia influenciou as relações que dizem respeito à pensão alimentícia, através da Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, para que as prisões decorrentes de dívida alimentar fossem na modalidade de prisão domiciliar.

Ao que se trata da visitação em tempos de pandemia, o entendimento tem sido discricionário, nas demandas judiciárias. Salienta-se que isolamento social não é sinônimo de suspensão de visitas. Com fito de trazer maior entendimento e se posicionar sobre o tema, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, se manifestou acerca do assunto, inicialmente reforçando a ideia de serem necessárias as implementações para garantir menor disseminação do vírus, aduzindo que todo desgaste enfrentado sob o efeito da pandemia não pode colocar em risco o convívio da criança com seus genitores, sendo estabelecido no texto do art. 227 da Constituição Federal a prioridade dos direitos inerentes à criança e ao adolescente, observado sua condição de desenvolvimento, a proteção integral e melhor interesse. Desta forma, por ser indeterminado o período de isolamento social, não há razoabilidade em se suspender as visitas, acrescentando ainda que nesse sentido, se somente um dos genitores desfrutar da presença do filho, será imposto a este um ônus elevado.

Ante todos os efeitos que foram gerados pela pandemia e suas facetas, algo alarmante precisa ser analisado, foram propiciados elementos que favoreceram o risco de se aumentar a prática de alienação parental dado toda mudança nas relações familiares, não que seja motivo mas podem ensejar essa prática que afeta substancialmente a vida, tanto no presente quanto no futuro de crianças e adolescentes que são os maleficiados.

4. ALIENAÇÃO PARENTAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

A alienação parental foi definida, primeiramente, como uma síndrome por Richard Gardner, em 1985, em um de seus trabalhos como perito judicial. A intenção dele ao denominar o ato como uma síndrome era para que pudesse ser incluída no rol do DSM-IV, um manual de diagnóstico e estatísticas dos transtornos mentais, publicado pela Associação Psiquiátrica Americana, para que o tratamento fosse facilitado. No ordenamento brasileiro não é usada a conotação síndrome, por não constar na Classificação Internacional das Doenças (CID), além do fato de que a legislação trata de sua exclusão proposital e não de seus sintomas e consequências.

Nesse sentido:

> [...]trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação (MADALENO; MADALENO, 2015).

O ato de alienar pode decorrer de alguma circunstância, na qual um dos genitores ou um responsável pela criança ou adolescente, use de seu convívio para criar na cabeça desse, uma história fantasiosa, afim de desequilibrar os vínculos com seu genitor. Geralmente, a prática da alienação parental se inicia com as disputas pela guarda desta criança ou adolescente, como consequência de uma separação ou divórcio dos genitores, que em muitas das vezes por problemas de cunho pessoal, tornam impossível a solução amigável para resolução

do que diz respeito aos interesses dos filhos, sendo esses os mais prejudicados.

É notório que tal prática tem efeitos relevantes e gravosos para a criança ou adolescente alienado, tornando seu núcleo familiar desestruturado e privado das condições adequadas para sua formação, desrespeitando o melhor interesse da criança ou adolescente, o colocando em vulnerabilidade emocional grave.

O cenário visto âmbito familiar visto em tempos de pandemia, se mostrou propício a prática de alienação parental, levando em consideração o aumento dos divórcios, momento em que muito se vê a realização de tal ato, e ainda por força da propagação do vírus descontroladamente, em que o isolamento social foi medida imposta, a relação direta de crianças ou adolescentes de genitores separados se viu modificada, e na falta de um dos genitores surge a possibilidade de alienação daquele que convive com a criança ou adolescente. Ademais, decorrente do aumento de desempregados, muitos pais descumpriram suas obrigações, apesar de que por si só, não ser justificativa aceitável para o inadimplemento da prestação de alimentos, fez com que os sentimentos ensejadores da alienação fossem facilmente cultivados pelos genitores ou responsáveis pelo filho.

A criança ou adolescente, carrega o peso em si, de problemas mal resolvidos dos genitores, que muitas das vezes não são relacionados a esses. É possível verificar estágios da alienação parental, que a identificam, apontam a progressão e gravidade; um dos primeiros sintomas acarretados, é quando o filho passa a atacar o genitor alienado, que demonstra o "êxito" na prática do genitor alienante. Para constatar a prática de alienação parental, deve haver análise minuciosa, para que não seja confundida com outras situações.

4.1 O ADVENTO DA LEI 12.318/10 E SUAS CONTROVÉRSIAS

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser exercido pelos genitores e pelo Estado, este que deve

também se prestar a proteção da família. O ordenamento brasileiro, foi um dos pioneiros a legislar sobre a alienação parental, criando a Lei 12.318/2010, que pretende combater, coibir e dissipar o ato; exercendo assim a função que lhe cabe.

A referida Lei conta com poucos artigos, iniciando o art. 1º com a temática que ela dispõe, centralizando seu foco sobre a alienação parental. De maneira a esclarecer e conceituar do que se trata a disposição legal, o art. 2º conceitua o que é a alienação parental. Ainda no segundo artigo da Lei, em seu parágrafo único, abre margem aos exemplos de alienação parental, que podem ser declarados por uma decisão judicial ou constatados através de uma perícia, podendo inclusive ter auxílio de terceiros para sua execução.

Em um rol exemplificativo de condutas tipificadas como alienação parental, que conta com sete incisos: no inciso I, está disposto que realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; nos incisos II, III e IV, aludem três tipos de maneiras para dificultar, seja no exercício da autoridade parental, no contato de criança ou adolescente com o genitor e ainda no exercício do direito regulamentado de convivência familiar, criando empecilhos para o exercício conjunto da autoridade; o inciso V trata da omissão deliberada ao genitor de informações relevantes sobre a criança ou adolescente; no inciso VI, é exemplificado a apresentação de denúncia falsa contra o genitor ou familiares, com fito de obstar ou dificultar a convivência com a criança ou adolescente; por fim, o inciso VII, não menos importante, é a mudança de endereço da criança ou adolescente não ser informada ao genitor, com intuito de obstruir a convivência de ambos.

Adiante, no art. 3º é expresso o direito fundamental ferido com a prática de alienação parental, qual seja, de que a criança ou o adolescente tenham convivência familiar saudável; além de prejudicar a realização de afeto nas relações com o genitor ou o grupo familiar, o que constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente, e gera descumprimento dos deveres correlatos à autoridade parental ou que decorrem de tutela ou guarda.

É perceptível que a alienação é uma prática lesiva a criança ou adolescente, por isso tem certa prioridade ao que se depreende de tramitação processual, consoante com o art. 4º pois quando houver indício declarado de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, podendo ser em ação autônoma ou incidentalmente, será prioritária a tramitação, sendo determinado com urgência pelo juiz, e ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservar a integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para resguardar sua convivência com o genitor alienado, sendo o caso. Há ressalva nesse caso de preservar a visitação, sendo essa assistida, quando for constatado iminente risco de prejuízo a integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, através de atestado por profissional designado eventualmente pelo juiz para acompanhamento das visitas.

O ato de alienar gera consequências psicológicas na criança ou adolescente, por isto, no art. 5º apresenta a possibilidade de realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, quando houver indícios de alienação parental. Com intuito de discriminar o procedimento de realização do laudo pericial, o artigo em análise conta com três parágrafos, no §1º é exemplificado formas de se basear o laudo, quais sejam uma entrevista pessoal com as partes, a análise de documentos juntados aos autos, o histórico de relacionamento e separação do casal, a cronologia dos incidentes, a avaliação dos personagens envolvidos e exame da forma como a criança se manifesta diante de tal acusação contra o genitor. Já o §2º trata de quem são os profissionais capacitados a realizar o laudo, que terão um prazo para apresentação deste, que é de noventa dias podendo ser prorrogado por autorização judicial justificada, como descrito no §3º.

Em se tratando de um processo judicial, por ser o meio correto de tipificar a alienação parental, o art. 6º conjuntamente com sete incisos, dão poder ao juízo para adotar tais medidas, quando caracterizado atos típicos de alienação parental, sem que haja interferência de responsabilização civil ou criminal. Dessa forma, o juiz pode declarar a ocorrência da alienação parental e advertir o alienador, conforme

o inciso I; afim de diminuir os impactos decorrentes da alienação, ampliar a convivência familiar regimentada em favor do genitor alienado, disposto no inciso II; como a única forma de prestação pecuniária, o inciso III, estipular multa ao alienador; também fazer algumas determinações, como o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, a alteração da guarda para guarda compartilhada ou a inversão da atual adotada e ainda fixar cautelarmente o domicílio da criança ou do adolescente; por último, pode declarar a suspensão da autoridade parental. Nos casos que forem constatados mudanças abusivas de endereço, inviabilidade ou obstrução da convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor.

Nas situações em que se atribuir ou modificar a guarda, a preferência será dada ao genitor que viabilize a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, isto quando for inviável a guarda compartilhada, é o que trata o art. 7º. Ao que diz respeito a competência para julgar as ações de cunho fundado em direito de convivência familiar, é irrelevante a alteração do domicílio da criança ou do adolescente, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de uma decisão judicial, disposição esta, feita no art. 8º. Os arts. 9º e 10 foram vetados na mensagem nº 513 de 2010, por contrariar outras disposições legais. Ao final, no art. 11, contêm a partir de quando vigora a referida lei, sendo desde a sua publicação.

Entretanto a Lei abordada é alvo de diversos questionamentos, tendo inclusive dois Projetos de Lei, 498/2018 e 6371/2019. Tratando do mais recente, 6371/2019, cuja autoria é da Deputada Federal Iracema Portella, que visa diretamente a revogação do dispositivo, que atualmente está aguardando parecer do Relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF). Este projeto de revogação baseia-se na ausência de pesquisas acerca do tema, bem como nas manifestações discrepantes de órgãos especializados ao uso da teoria, como a Organização Mundial da Saúde, a Associação Americana de Psiquiatria, órgão no qual o psiquiatra Gardner, pioneiro no assunto,

queria que fosse listada síndrome da alienação parental e por fim a Associação Espanhola de Neuropsiquiatria.

Decorre das críticas a legislação, o inciso V, do art. 6º, que prevê a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão, sendo esse o alvo de desaprovação. O texto do inciso V foi disposto como punição ao genitor que pratica a alienação parental, no entanto as críticas aduzem a ideia de que a lei estaria sendo utilizada como forma de defesa por pai abusadores, visto que diante da dificuldade em se comprovar o abuso sexual, o abusador vale-se do referido inciso, alegando a prática de alienação parental, revertendo a guarda da criança ou adolescente por ele abusado para si.

Por conseguinte, também se baseia que a lei deve ser revogada por desrespeitar a Declaração Universal dos Direitos da Criança, em especial porque em um dos princípios constantes nela aduz que a criança não será apartada da mãe, salvo em excepcionais hipóteses, especificamente no 6º princípio, e a Lei 12.318/2010. O disposto no mencionado princípio:

O cerne de toda fundamentação é na hipótese de entregar a criança ou adolescente ao genitor acusado de violência física ou sexual, que fere princípios constitucionais e o Estatuto da Criança ou do adolescente "ao desconsiderar a primazia do direito da criança e do adolescente à proteção contra qualquer forma de violência ou agressão, permitindo até que se desacredite nas palavras da própria criança ou daquelas que buscam protegê-la em benefício da de seu algoz" (PORTELLA, 2019, P.19).

O Instituto Brasileiro de Direitos da Família defende a permanência da Lei, com relação a Lei de Alienação Parental ser exclusividade brasileira, a advogada Sandra Vilela comenta:

> O Brasil não atribuía efetividade à igualdade parental e direitos dos filhos em ter os seus dois genitores em proximidade, sendo necessário, assim, a existência de uma lei específica sobre o tema. Observamos a diferença cultural do Brasil e demais legislações estrangeiras, o que fundamenta

> a necessidade de uma lei específica de alienação parental.

Posto isso, é possível compreender a lei e as contraditas sobre ela. O Projeto de Lei para a revogação da Lei de Alienação Parental com suas teses defensivas caminha para seu objetivo, tendo quem o defenda e quem seja contrário a ele. Mas nos dias atuais, completamente diferente dos que já vivenciamos, surge um questionamento: Em tempos de pandemia, com todas as mudanças dentro do núcleo familiar, levando a propiciação da alienação parental, seria a melhor decisão revogar a lei? Ou por todo o vivenciado, melhor seria a implementação de um projeto alterando pontos necessários na Lei? Eis a dúvida.

4.2 SOLUÇÃO: REVOGAR OU ALTERAR A LEI 12.318?

A Lei de alienação completou 10 anos em 2020, momento em ela poderia ser mais útil do que durante todos os anos anteriores, por todas as alterações advindas do Covid-19. Coincidentemente, poucos meses antes do início da pandemia que mudou o mundo, foi proposto um Projeto de Lei para revogar a Lei de Alienação Parental.

Resta claro que o Direito necessita se adequar a evolução da sociedade e se mostra perceptível que como acima já dito, a pandemia alterou de forma brusca a vida cotidiana, trazendo reflexos no núcleo familiar, propiciando a prática de alienação parental, que é o tema em pauta. Para a Renata Cysne, diretora nacional do IBDFAM, são necessárias algumas precauções neste momento:

> "Em alguns casos é possível perceber o agravamento da dinâmica da alienação parental, visto que há um argumento considerado relevante (a quarentena) para reduzir a convivência familiar, e temos visto decisões que suspendem o exercício da convivência física durante o período de afastamento social. É importante que a rede de proteção das crianças e dos adolescentes se mantenha atenta para situações

> em que os filhos estejam expostos a violência psicológica por meio da alienação parental."

A advogada Ana Vasconcelos Negrelli ponderou sobre a incidência da alienação parental no período de isolamento social:

> "Para quem já usa o expediente da alienação parental, parece que o isolamento social obrigatório virou uma desculpa perfeita para retirar completamente da vida do filho a presença de um dos pais. A questão é muito sensível e merece especial atenção. É preciso verificar se esse afastamento específico é realmente necessário para preservar a saúde do menor ou não. Em caso positivo, deve ser utilizada toda a tecnologia disponível para minimizar a distância (internet, smartphones, etc) entre pais e filhos, bem como precisam ser verificadas futuras compensações". (NEGRELLI, 2020)

A necessidade de rever a lei é imprescindível, ante todos os reflexos advindos do isolamento social, com fito de trazer maior segurança e efetividade em sua utilização, pois é notório que a prática de alienação parental existe, e a Lei é para coibir essa prática e não ser uma forma de defesa do genitor que é abusador, muito menos em colocar a criança junto de quem não lhe proporciona a devida proteção que ela merece.

Ante as indagações da falta de estudos, se mostra viável a realização desses estudos para fins de comprovação dos danos gerados na criança ou adolescente vítimas de alienação parental, consequências estas que podem perdurar por toda a vida. É algo mais comum do que se pode imaginar, talvez você que está lendo essas informações já foi vítima de tal prática, dado que muitas das vezes os genitores não conseguem resolver conflitos do relacionamento conjugal e usam os filhos como punição a sentimentos alimentados pelo cônjuge ou companheiro.

O alvo maior de críticas é uso malicioso da lei pelo genitor abusador, se infere dessa questão a necessidade de indício contundentes para que a Lei seja aplicada, fazendo valer o disposto na Lei ao se tratar da alteração e até inversão da guarda, que é medida extrema, não casual. Assim, o laudo necessário para avaliar a prática de alienação parental, precisa cumprir os requisitos imprescindíveis para a constatação da prática ou da veracidade das acusações de abuso sexual, por exemplo.

Ainda é cabível tratar das medidas cabíveis ao genitor alienante, aos cuidados que devem ser disponibilizados a eles, por ser tratar de um problema psíquico, que desencadeia uma série de danos ao filho. As medidas precisam aludir na integra as formas de punir quem pratica tais atos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente artigo foi possível conhecer a evolução do que entendemos por família, que seu conceito é abrangente, mas o que cabe frisar é que família é um núcleo formado por pessoas ligadas por um vínculo, que independente da forma, merece o respeito da sociedade e a proteção do Estado, conforme preceituado no art. 226 da Constituição Federal.

Em 2020 o mundo foi pego por uma situação nova e assustadora, um vírus se alastrou pelo mundo, mudando totalmente a vida das pessoas, e consequentemente as famílias sofreram com essas mudanças, bem como outros âmbitos. Os reflexos que atingiram a economia afetaram também a família ao que diz respeito as prestações alimentícias; o isolamento social foi como uma bomba se assim pode dizer, pois foi diretamente ligado ao exorbitante número de divórcios e separações, assim como a mudança no direito de visitação exercido por genitores separados e por aqueles que durante esse período vieram a se separar.

Dentre esses efeitos surgiu a alienação parental, que hoje no Brasil possui uma lei específica, alvo de debates e controvérsias.

O cenário de isolamento social se tornou um ambiente propício para a prática de alienação, visto que o afastamento da criança ou do adolescente com um de seus genitores foi medida necessária inicialmente, foi como se o espaço estivesse livre para a prática.

No entanto, agora é que se mostra ainda mais necessário debater sobre a alienação parental, visto que o Direito em meio ao caos instalado com a pandemia, precisa reger o Estado. O maior questionamento abordado no presente artigo seria a necessidade da revogação da Lei de Alienação Parental frente a tudo que se tem vivenciado atualmente, ou se seria o caso de alterar a Lei, visando sua maior efetivação e utilização correta.

Conclui-se que a Lei de Alienação Parental é essencial ao núcleo familiar, ainda mais na atualidade; o que se faz mister e que seja alterada com fito de sanar as lacunas existentes que podem gerar danos, sendo contrário ao que se busca com a Lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PORTELLA, Iracema. **Projeto de Lei – PL 6371/2019.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1844549&filename=PL+6371/2019. Acesso em: 22 de jun. de 2021.

NEGRELLI, Ana Vasconcelos. **A pandemia e a alienação parental**. Migalhas, 30 de abr. de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/325781/a-pandemia-e-a-alienacao-parental. Acesso em: 28 de jun. de 2021.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação. Especialistas do IBDFAM são contra revogação da Lei de Alienação Parental. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/7095/Especialistas+do+IBDFAM+s%C3%A3o+contra+revoga%C

3%7%C3%A3o+da+Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental. Acesso em 22 de jun. de 2021.

Após um ano de pandemia, Brasil tem recorde de desemprego. **Estadão de Minas**. Rio de Janeiro. Pub. 30 de abr. de 2021. Disponível em:https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2021/04/30/interna_internacional,1262081/apos-um-ano-de-pandemia-brasil-tem-recorde-de-desempregados.shtml. Acesso em: 15 de jun. de 2021.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação. Considerações sobre a recomendação do conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do covid- 1. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/IBDFAM%20-%20Considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20recomenda%C3%A7%C3%A3o%20do%20Conanda.pdf. Acesso em: 17 de jun. de 2021.

BRASIL, Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 23 de jun. de 2021.

BRASIL, Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome de Alienação Parental**: Importância da Detecção: aspectos legais e processuais. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Régis Andrade Laviola Júnior[30]

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui o objetivo de abordar a história da violência contra a mulher desde os primórdios dos tempos até os dias atuais.

Desde o começo da sociedade moderna são recorrentes os casos de violência contra as mulheres, muitas vezes amparado pela lei de seu tempo, inclusive o crime de homicídio.

Atualmente, um terço de todos os crimes cometidos contra a vida de mulheres se caracterizaram como feminicídio, o que é um nível altíssimo, principalmente por se tratar de uma qualificadora do crime de Homicídio.

Ocorre que é pauta no contexto atual da justiça a antiga tese da legitima defesa da honra para o afastamento de tal crime, como se fosse uma justificativa para o cometimento de tal crime, recentemente abolido do contexto jurídico.

Será analisado o contexto brasileiro desde os primórdios da colonização, enfatizando como era tratado os crimes contra as mulheres em diversos contextos da história, bem como os reflexos e alterações ocorridas ao longo do tempo para que a lei se ajustasse diante de fatalidades ocorridas no Brasil.

Ao final, será analisado o atual entendimento do Superior Tribunal Federal em relação a legitima defesa da honra nos casos de feminicídio, decisão recente e importante no atual contexto brasileiro.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, tomando como base decisões, reportagens e doutrinas.

30 Estudante do Curso de Bacharel em Direito do Centro Universitário Unifaminas. E-mail: regisjr95@gmail.com

2. VISÃO HISTÓRICA SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher surgiu desde o primórdio dos tempos, não dependendo de classe social, localidade e nem de cultura. Na sociedade patriarcal, por volta do século XVI, as mulheres não dispunham da mesma capacidade física dos homens, não possuíam poder de decisão, se dedicavam a criação dos filhos e ao homem era dado um certo privilégio, estando acima das mulheres e com poder de decisão (Correa, Fernanda, 2020).

Nessa época, a mulher não tinha voz ativa, os homens eram detentores do poder familiar, sendo considerados senhores absolutos, de poder incontestável, tendo a mulher sob seu domínio. Caso as mulheres cometessem adultérios poderiam ser mortas pelos maridos em defesa de sua honra (Jornal do Senado, 2013).

No Brasil Colonial era assegurado pelas Ordenações Filipinas (Código legal que se aplicava a Portugal e seus territórios ultramarinos) que os maridos tinham o direito de matar a mulher caso apanhasse ela em adultério, inclusive podia matá-la por mera suspeita de traição (Jornal do Senado, 2013).

3. DO CONTEXTO DAS MULHERES NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Em 1830, o primeiro Código Penal Brasileiro trouxe mudanças, se as mulheres cometessem, por exemplo, adultério, no artigo 250, seriam punidas por pena de trabalho de um a três anos.

A partir desde ordenamento, o homem já não poderia matar as mulheres alegando legitima defesa da honra, e se o cometesse, seria julgado pelo crime de homicídio, sendo um grande avanço no ordenamento jurídico, deixando a mulher de ser um mero objeto do homem.

Mas, na prática, mesmo com essa mudança na lei, as mulheres continuaram sendo mortas pelos homens, alegando legítima defesa da honra.

Nos anos de 1970, os movimentos feministas começaram a surgir, tendo um deles, o SOS Mulher (organização que procurava se construir, aos olhos de Celi Pinto, um espaço de atendimento de mulheres vítimas de violência, de reflexão e de mudança das condições de vida dessas mulheres – 1970 a 1980) catalogou 722 crimes impunes de homem contra a mulher cometidos por ciúmes (Ribeiro, Mônica, 2010, pg. 5).

Em 1976, houve um crime que abalou a sociedade brasileira, que foi o da atriz Ângela Diniz, morta pelo marido com quatro tiros, tendo este utilizado a tese da legítima defesa da honra, alegando, assim, que "matou por amor". Ele foi condenado a dois anos de prisão, mas obteve o direito de cumprir a pena em liberdade.

Por conta desse acontecimento, houve uma grande mobilização pelas militantes feministas, tendo estas criado um movimento feminista cujo slogan era: "quem ama não mata".

Diante da grande movimentação popular, o promotor do caso fez um pedido de revisão da pena. Esse pedido foi acolhido e o marido de Ângela foi submetido a um novo julgamento no ano de 1981.

No novo julgamento, o marido foi condenado a pena de 15 anos de prisão em regime fechado.

Diante desse acontecimento, as mulheres começaram a ter voz e não aceitar mais o desmando dos homens como se deles fossem objetos.

3.1 DOS AVANÇOS DOS DIREITOS DAS MULHERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a Constituição Federal de 1988, os direitos entre homens e mulheres foram equiparados, à luz do artigo 5º, inciso I, que diz que "homens e mulheres são iguais nos termos desta constituição".

De acordo com o artigo 226, §8º, da CF/88: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...) O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. "

Desta forma, é dever do Estado atuar na proteção das mulheres vítimas de qualquer forma de violência. Contudo, a mulher continua sendo vítima da violência.

Vale ressaltar que como os crimes no âmbito familiar eram tratados pela Lei n. 9099/95, lei que instituiu os Juizados Especiais, tais crimes eram considerados como crimes de menor potencial ofensivo.

Assim, a impunidade continuava a imperar, pois, muitas vezes o homem era condenado a pena de cestas básicas ou prestação de serviços à comunidade.

Por fim, o crime de homicídio contra as mulheres tinha a mesma penalidade do homicídio simples, previsto no caput do artigo 121 do Código Penal Pátrio.

4. DAS LEIS MARIA DA PENHA E FEMINICÍDIO

Em 1983, houve um outro crime que chocou o Brasil e a comunidade internacional, o crime cometido contra Maria da Penha Mara Fernandes, onde seu marido Marco Antônio Heregia Viveros cometeu dupla tentativa de homicídio.

Na primeira tentativa de matá-la, efetuou um disparo contra suas costas enquanto ela dormia, tornando-a paraplégica. Já na segunda tentativa, após a recuperação desta, quatro meses após a primeira tentativa, este a manteve em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la em uma banheira, tendo Maria da Penha sobrevivido novamente.

O esposo de Maria da Penha teve dois julgamentos, sendo condenado no primeiro, a 15 anos de prisão.

Porém, após recursos, saiu impune. Houve um segundo julgamento, em 1996, no qual foi condenado a 10 anos e 6 meses, entretanto, sob alegação de irregularidades processuais, saiu impune novamente.

Com a impunidade de seu marido, Maria da Penha procurou apoio das Organizações Internacionais de Defesa aos Direitos Humanos.

Por conta disso, o Estado brasileiro foi punido diante do caso nº 12.051/OEA (Organização dos Estados Americanos), sendo este condenado por negligência, omissão e intolerância por não dispor de mecanismos suficientes e eficientes diante da violência sofrida por Maria da Penha (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001).

Por isso, a Lei brasileira foi alterada, surgindo a Lei 11.340/06, comumente chamada de Lei Maria da Penha, onde esta criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Foi um grande avanço legislativo visando a proteção da mulher não só contra seus parceiros como também em relação a seus parentes.

Diante desta lei, a violência contra a mulher deixou de ser tratada como crime de menor potencial ofensivo, deixando de ser julgada pelo Juizado Especial Criminal, Lei nº 9.099/95.

Outro avanço que esta lei trouxe foi a inclusão no ordenamento jurídico, além da violência física e sexual, também da violência psicológica, patrimonial e assédio moral.

Entretanto, mesmo após essas mudanças na lei, muitas mulheres continuaram a sofrer violência caladas, com medo de denunciar seus agressores, sendo que se denunciá-los, elas serão amparadas pela lei e suas medidas protetivas.

5. DA LEI DO FEMINICÍDIO

O feminicídio é o assassinato de mulheres cometidos em razão do gênero, ou seja, quando a vítima é morta por ser mulher. É um crime de ódio baseado no gênero que vem se registrando durante muito tempo cujos praticantes, em sua maioria, são ex-companheiros ou os atuais esposos das vítimas.

No ano de 2012, surgiu um processo através de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para tratar da violência contra a

mulher no país, investigando qual era a situação nos estados brasileiros e tomar providências.

O processo durou de março de 2012 até julho de 2013, quando foram percebidas as reações diretas entre o crime de gênero e feminicídio.

O resultado dessa comissão foi a formulação da Lei do Feminicídio, nº 13.104, de 2015.

A Lei do Feminicídio qualificou o crime de homicídio quando cometido contra as mulheres, bem como tornando este crime hediondo (crime de natureza altamente grave e de severas consequências).

Esta lei também alterou o Código Penal (Decreto Lei nº 2848/40) e estabeleceu o feminicídio (a vítima é morta em razão de ser mulher) como circunstância qualificadora do crime de homicídio, constante no artigo 121, parágrafo 2º, inciso "VI".

Rogério Greco frisa que o feminicídio, em sendo uma das modalidades de homicídio qualificado, pode ser praticado por qualquer pessoa, seja ela do sexo masculino, ou mesmo do sexo feminino (Greco, 2015).

Vale ressaltar que o crime de homicídio simples tem pena de 6 a 20 anos de prisão e o feminicídio a pena de 12 a 30 anos.

Com isso, a Lei 13.104/15 foi um grande avanço no combate à violência contra as mulheres, porém não coibiu que ainda existissem muitos crimes na atualidade.

Com a pandemia da Covida-19, o contato entre agressor e vítima se estreitou ainda mais, aumentando, assim, os casos de feminicídio.

6. ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

No dia 12 de março de 2021, em sessão virtual no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Supremo Tribunal Federal (STF), por votação unanime, reconheceu a inconstitucionalidade da tese da legitima defesa da honra, proibiu-a em processos que versem sobre a agressão ou morte de mulheres por seus atuais ou ex companheiros, por contrariar os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, resgatando a dignidade da mulher, principal vítima dessa forma de violência.

No julgamento, o Ministro Dias Toffoli, na votação perante o STF, falou o seguinte: que este órgão buscou resgatar a dignidade da mulher, tão arraigada na nossa sociedade, que sempre foi tolerante a agressão e ao assassinato das mulheres, para cuja permanência foram criadas sucessivas teses, entre as quais, a legitima defesa da honra, para aqueles casos em que a mulher, exercendo o direito legítimo de seguir a vida – sozinha ou em um novo relacionamento - coloca fim a vida comum, ou mesmo em caso de adultério ou em busca de um novo relacionamento (Dias, 2021).

Continuando sua fala, o mesmo Ministro diz: *"Aquele que pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa." (Dias, 2021, p. 17)*

Já o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto declarou:

> *não pode o Estado permanecer omisso perante essa naturalização da violência contra a mulher, sob pena de ofensa ao princípio da vedação da proteção insuficiente e do descumprimento ao compromisso adotado pelo Brasil de coibir a violência no âmbito das relações familiares (artigo 226, §8º, da CF). (Moraes, 2021, p. 43)*

Para isso, nossa suprema corte fez uma leitura criativa das formas tradicionais da organização familiar, marcada pela assimetria e autoritarismo amparados na discriminação abusiva e subalternidade, que torna a violência doméstica uma das maiores feridas que a sociedade contemporânea suporta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primórdios da sociedade brasileira, passando pelo Brasil Colônia, Império e até os primórdios da República, as mulheres eram subservientes ao marido, sendo estas tratadas como coisas, sofrendo sansões pesadíssimas quando não obedeciam aos seus companheiros.

Graças as lutas de mulheres que almejavam a equidade de direitos entre homens e mulheres o nosso ordenamento jurídico foi obrigado a evoluir e se adaptar a nova realidade brasileira. Infelizmente, exemplos como os ocorridos com Ângela Diniz e Maria da Penha que sofreram violências única e exclusivamente por serem mulheres impulsionou uma mudança nas leis brasileiras.

O ordenamento jurídico brasileiro vem evoluindo gradativamente, com exemplos como a lei do feminicídio e a decisão do STF em não acolher mais a alegação da legítima defesa da honra nos crimes de feminicídio.

Ademais, tomando as palavras de Lia Zanotta, do Departamento de Antropologia da UnB, "O Brasil de hoje não é o Brasil do passado, mas o controle do homem sobre a mulher persiste na memória social", devendo haver uma conscientização cada vez maior do homem para que esse pensamento seja banido do Brasil e do Mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abbud, Valderez Deusdedit. **Supremo Tribunal Federal, feminicídio e legítima defesa da honra**. Disponível em: https://www.conjur.com.

br/2021-mar-22/mp-debate-supremo-tribunal-federal-feminicidio-legitima-defesa-honra . Acesso em 15 de junho de 2021;

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

BRASIL, **Lei nº. 11.340**, de 7 de agosto de 2006, (**Lei Maria da Penha**). ... Direitos Humanos das Mulheres: Doutrina, Prática, Jurisprudência, Modelos, Direito Comparado, Estatísticas, Estudo de Casos, Comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), Legislação Internacional e Coletânea de Normas.

BRASIL. Lei N.º 9.099, **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais,** de 26 de setembro de 1995.

BRASIL. Lei 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – **Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm> Acesso em: 17 de junho de 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 779**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 15 de março de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690> Acesso em 17 de junho de 2021.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, **Caso 12.051, Relatório 54/01**, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001.

Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm . Acesso em 17 de junho de 2021.

Correa, Fernanda Emanuelly Lagassi. A violência contra mulher: Um olhar histórico sobre o tema. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-violencia-contra-mulher-um-olhar-historico-sobre-o-tema/ . Acesso em 20 de junho de 2021;

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

Greco, Rogério. Feminicídio - Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Disponível em: https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015. Acesso em 17 de junho de 2021.

Instituto Maria da Penha. **QUEM ERA MARIA DA PENHA.** Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html . Acesso em 20 de junho de 2021;

Jornal do Senado, Na época do Brasil colonial, lei permitia que marido assassinasse a própria mulher. Disponível em: https://www.geledes.org.br/na-epoca-do-brasil-colonial-lei-permitia-que-marido-assassinasse-a-propria-mulher/ Acesso em 20 de junho de 2021;

PINTO, ANA CAROLINA MARTINS MOREIRA PINTO. **Decisão do STF sobre legítima defesa da honra mostra evolução do Judiciário. Disponível em:**https://www.conjur.com.br/2021-mar-31/opiniao-decisao-stf-legitima-defesa-honra. Acesso em 15 de junho de 2021;

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil.** São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2003;

Ribeiro, Mônica. Movimento feminista na fonte dos centros de combate à violência contra mulheres. Anais do I Simpósio sobre Estudos de Gênero e Políticas Públicas, ISSN 2177-8248. Universidade Estadual de Londrina, 24 e 25 de junho de 2010. Disponível em: http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/5.MonicaDias.pdf.Acesso em 17 de junho de 2021.

O AUMENTO DO DESEMPREGO NO BRASIL COMO REFLEXO DA PANDEMIA E SUA INFLUÊNCIA NO TRABALHO INFANTIL

Amanda Cardoso Cordibelli[31]
Luiz Henrique Motta de Paula[32]

INTRODUÇÃO

No início do ano de 2020, o mundo inteiro viu-se paralisado frente à Organização Mundial da Saúde (OMS), ao anunciar a inusitada chegada de um vírus, o qual seria responsável por instaurar uma enfermidade amplamente disseminada por todos os continentes.

A pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2, também conhecido como o Novo Coronavírus, continua resultando em repercussões não apenas na esfera epidemiológica e biomédica em escala global, mas também repercussões e impactos políticos, culturais, sociais, históricos e econômicos, sem precedentes recentes na história das epidemias.

Atrelado a este contexto, o Brasil apresentou o nível de ocupação de emprego inferior à metade, visto a necessidade de decretação de distanciamento social, como medida de segurança, afetando a economia do país, tendo em vista, inclusive, o fechamento de diversos estabelecimentos empresariais, dos mais variados ramos de negócio.

O fechamento provisório, e até mesmo, em alguns casos, definitivos, dos estabelecimentos comerciais, acarretou na interferência em toda cadeia produtiva, e, consequentemente, demissões de funcionários. Isso se deve ao fato de que toda a economia do país ficou estagnada por certo período de tempo, gerando consequências drásticas ao cenário econômico do país, sendo necessário tempo para que se regule novamente.

31 Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas. E-mail: acordibelli@gmail.com

32 Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas. E-mail: luizhenriquemottttta@gmail.com

Fenômeno que também se observou no país, em decorrência da deflagrada situação econômica ocasionada pela pandemia do COVID-19, foi o aumento do trabalho infantil, devido à vulnerabilidade na qual os responsáveis pela tutela jurídica de crianças e adolescentes têm se encontrado.

Não havendo alternativas, seja pela natureza de seus trabalhos, ou mesmo pelas condições precárias de subsistência, tutores legais de crianças e adolescentes, necessitam que esses saiam de casa em busca de trabalhos informais, ainda que com baixa remuneração, a fim de que consigam aumentar a renda familiar.

Diante disso, o objetivo primordial desta pesquisa tangencia-se na abordagem da influência do índice de desemprego decorrente da pandemia sobre o aumento do trabalho infantil, em uma nítida violação aos direitos humanos.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em referências bibliográficas, legislações e documentários.

2. A PANDEMIA DO COVID-19 ATRELADA AO AUMENTO DO DESEMPREGO E O DIREITO À INFÂNCIA

A princípio, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), pandemia é a disseminação mundial de uma nova doença, sendo utilizado este termo quando uma epidemia, se expande por continentes distintos com transmissão sustentada de pessoa para pessoa. Dessa forma, a pandemia causada pelo COVID-19, ou melhor, pelo vírus SARS-CoV-2, gerou impactos sociais e repercussões em todas as esferas, desde a econômica até a cultural.

Por essa razão, tornou-se nítido que a diminuição dos investimentos nas empresas e em outros setores trabalhistas, ocasionados pela COVID-19, é uma das grandes causas do desemprego no Brasil, uma vez que o resultado é a interferência em toda cadeia produtiva, e, consequentemente, demissões de funcionários.

Contudo, cabe ressaltar também, que, o desemprego no país é algo recorrente, na exata medida em que há espaço e recurso a ser

explorado, a falta de investimento em vários setores, como supracitado, fez com que as empresas produzissem menos, tendo como resultado, várias demissões desde 2014, refletindo cotidianamente, e sendo agravados pela pandemia.

Também podemos destacar que, como consequência do aumento progressivo do desemprego no país, muitas famílias ficaram desamparadas, com seu meio de subsistência prejudicado devido às desocupações. Esse fato culminou na necessidade do provimento de renda para os lares, com a inserção de infantes no mercado de trabalho, sem capacitação física e mental, para cumprir com o determinado por seus tutores legais.

Ademais, os riscos gerados pelo trabalho infantil, assim como os traumas advindos da perda da infância, se manifestam de diferentes formas, seja pela depressão em sua vida adulta, bem como mudanças permanentes no metabolismo neuroquímico, causados em decorrência da privação da infância. Além disso, para Winnicott, pediatra e psicanalista inglês, a ausência materna e a falta de apego, geram na criança uma necessidade da busca de um objeto transitório, podendo se apresentar como comportamentos desajustados e propensão a delinquência.

Defronte a fatos como estes, a perda da infância, através do estresse, pode causar problemas de saúde como o cansaço excessivo, distúrbios de sono, problemas respiratórios, doenças psicológicas, baixo rendimento e evasão escolar, uma vez que as crianças tem mais dificuldade na escola, justamente por terem menos tempo para se dedicar; além de diminuir consideravelmente as perspectivas de futuro das crianças que perdem a infância por serem forçadas a trabalhar, e que consequentemente, terão menos oportunidades na vida adulta.

2.1 DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

Diante dos dados apresentados, torna-se imperativo salientar que o direito ao trabalho, é um direito fundamental de ordem social, posto na vigente Carta Magna, com fulcro no art. 6º:

> "Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". *(Brasil. Constituição de 1988)*

Neste contexto, o direito ao trabalho parece distante da realidade atual, não sendo devidamente observado pelos governantes, tomando a forma de um problema que não há solução, e que pela ordem constitucional, sua efetividade deveria ser cumprida a rigor, pois implica em dizer diretamente na dignidade da pessoa humana, também garantida na mesma Constituição. Por tais motivos, há como consequência, os efeitos que recaem sobre as famílias brasileiras, que em maioria, não conseguem sustentar a casa, e acabam buscando meios alternativos para conseguirem renda que contribua para subsistência, que ao ser frustrada, força-os a viverem em condições sub-humanas, não condizendo com o que temos como preceito maior em uma sociedade digna e justa.

Destarte, a crise econômica decorrente da pandemia causada pelos esforços em conter a expansão do coronavírus, teve como consequência negativa, um recorde histórico de 14,4 milhões de pessoas em busca de emprego no período dezembro 2020 a fevereiro 2021. Assim, para que haja melhor compreensão, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de forma simplificada, conceitua que o desemprego se refere às pessoas com idade para trabalhar, ressalta-se, acima de 14 anos, que não estão trabalhando, mas se encontram disponíveis e tentam encontrar trabalho.

Assim, a maior importância de colocar o direito ao trabalho como um fundamento do mérito da pesquisa, é que se o trabalho fosse garantido para os cidadãos que se encontram desempregados, seria possível afirmar que, consequentemente, o trabalho infantil diminuiria drasticamente. Porém, pensar em tal possibilidade nos parece utópico, haja vista, não só a situação atual do Brasil, mas a maioria dos países,

se encontram em meio ao caos social, educacional e principalmente na saúde, sendo que a UNICEF (Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas) tem por objetivo promover o direito das crianças e ajudar em suas necessidades e em seu desenvolvimento, tentando erradicar o trabalho infantil.

2.2 DIREITO FUNDAMENTAL A PROTEÇÃO À INFÂNCIA

Antes do ano de 1988, o Brasil contava apenas com o Código de Menores, que possuía como alvo a população menor de 18 anos, sendo um documento legal para a questão de menores em "situação irregular", isto é, aqueles reféns da vulnerabilidade social. No e ntanto, no final da década de 80, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, também conhecida como "Constituição Cidadã", a qual prevê novos direitos fundamentais aos brasileiros, sendo usada como base, principalmente em seu art. 227, que trata sobre direitos inerentes à infância, para que fosse criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou melhor, a Lei nº 8.069/1990.

A respeito disso, ressalta Naves (2004, p. 74):

> "É preciso dizer, em primeiro lugar, que o Estatuto da Criança e do Adolescente teve, antes de sua promulgação, teve um importante antecedente: o artigo 227 da Constituição Federal de 1988. De fato, como reflexos das lutas democráticas que já mencionamos, os constituintes, ao definirem os direitos da criança e do adolescente, refletiram no texto, a influência do debate internacional que levaria as Nações Unidas ao consenso da Convenção Internacional dos Direitos da Criança".

Neste contexto, a formação das crianças é uma questão de extrema importância para a sociedade, tendo em vista ser um ciclo fundamental de crescimento, amadurecimento e formação de personalidades, que serão refletidas no decorrer da vida adulta. Desse

modo, a proteção integral à infância está defesa no art. 227, CF/88, e também no ECA, que pretendem assegurar para todas as crianças, adolescentes e jovens, prioridade absoluta, assim como todos direitos inerentes à pessoa humana. Vejamos o artigo 3º do ECA:

> "Art. 3º A criança e ao 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".

Além disso, a proteção à infância está no âmago do Estado de Direito e dos valores democráticos, sempre na perspectiva da dignidade humana, por isso, segundo Luís Roberto Barroso, a dignidade humana é um valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos (BARROSO, 2012).

Portanto, a proteção à infância é direito fundamental social, cujas garantias se irradiam por diversas normas de diferentes hierarquias, desde a Constituição Federal até mesmo as Consolidações das Lei Trabalhistas. Sendo um direito fundamental, corolário que estabeleça uma gama de obrigações e deveres para a sociedade e para o poder público.

Sendo assim, cabe dizer que, atualmente, em consonância ao contexto em que se transcorre a pandemia do COVID-19, os direitos defesos no Estatuto da Criança e do Adolescente, não estão sendo priorizados, por essa razão, o diretor da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil, Martin Hahn, ressalta que, "para muitas crianças, adolescentes e suas famílias, a crise do COVID-19 pode acarretar em uma educação interrompida, doenças, a potencial perda de renda familiar e até mesmo o trabalho infantil". Por fim,

o diretor também trouxe à tona que precisamos nos atentar à crise econômica que está se ampliando em razão da pandemia, pois coloca, substancialmente em risco, a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes em todo o mundo.

3. O TRABALHO INFANTIL FRENTE À PANDEMIA

É de grande notoriedade que a pandemia do coronavírus trouxe um impacto imensurável na vida de crianças e adolescentes, principalmente aqueles em vulnerabilidade social. Nessa perspectiva, Marco Antônio da Silva, coordenador nacional do Projeto Meninos e Meninas de Rua do ABC, aduz que existem duas pandemias, sendo elas, a do vírus e a da fome. O coordenador explica que voltamos à crise alimentar já vivenciada nos anos 80 e 90, dizendo ainda que "as pessoas não têm luz, não estão conseguindo pagar aluguel, estão indo morar nas ruas e estão sem alimento" (SILVA, 2020).

À vista disso, e também com o fechamento de escolas para a adoção do ensino remoto, o risco do trabalho infantil aumenta, uma vez que muitas famílias não veem alternativas, a não ser fazer com que as crianças ingressem no mercado de trabalho, com o intuito de conseguir dinheiro ou aumentar a renda, quando os adultos ainda permanecem trabalhando.

3.1 CONCEITO DE TRABALHO INFANTIL

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o termo "trabalho infantil" é caracterizado como o trabalho que priva as crianças de sua infância, seu potencial e sua dignidade, sendo prejudicial ao seu desenvolvimento físico e mental.

Dessa forma, as Convenções da OIT nº 138 e nº 182, especificam o que o trabalho infantil é aquele realizado por crianças e adolescentes abaixo da idade mínima de admissão ao emprego estabelecida no país. Também é esclarecido que os trabalhos perigosos são considerados como Piores Forma de Trabalho infantil e não devem ser realizados

por crianças e adolescentes abaixo de 18 anos, sendo caracterizados como trabalhos perigosos, aqueles que, por sua natureza, ou pelas condições em que se realizam, expõe ao perigo o bem-estar físico e mental da criança.

Deste modo, trabalho infantil é toda atividade econômica e/ou de sobrevivência, remunerada ou não, realizada por crianças ou adolescentes, com ou sem finalidade de lucro, em idade inferior a dezesseis anos, ressalvado o trabalho na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos. Essa linha de raciocínio é defesa Constituição Federal de 1988, em seu art. 7ª, XXXIII, vejamos:

> "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê, em seu art. 60, que:

> Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz. (ECA, 1990)

Sendo assim, com a crise econômica agravada pelo coronavírus, a realidade de muitas crianças e adolescentes se distancia do que é defeso por lei, tendo em vista que a necessidade de aumentar, ou melhor, contribuir com a renda de sua família, passou a ser a obrigação desses infantes, que são compelidos ao trabalho e distanciados de sua infância.

3.2 O AUMENTO DO TRABALHO INFANTIL COMO REFLEXO DA PANDEMIA

Como visto, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 7º, XXXIII, que é proibido o trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de 18 anos e de qualquer trabalho ao menor de 16 anos, salvo se aprendiz a partir de 14 anos. No entanto, a realidade que encontramos é completamente diferente, na medida em que a pandemia evidencia a fragilidade destes indivíduos frente às políticas públicas do Estado, as quais se mostram ineficazes no momento em que deixam de garantir o que é assegurado por lei, como a própria infância, visto que o trabalho infantil também é um desrespeito à legislação pátria.

Entretanto, esta realidade é condizente com outra, qual seja, a desigualdade socioeconômica que assola os brasileiros e acaba por inviabilizar outra forma de sustento a famílias diversas, que não seja incluir, nas tarefas laborais, as crianças e adolescentes. Deste modo, não havendo alternativas, seja pela natureza de seus trabalhos, ou mesmo pelas condições precárias de subsistência, tutores legais de crianças e adolescentes optam por dispor nas ruas, em busca de trabalhos informais e esporádico, os menores, ainda que com baixa remuneração, a fim de que consigam aumentar a renda familiar.

Seguindo essa linha de raciocínio, há de se mencionar o Estado Democrático de Direito, que é uma forma de Estado em que a soberania popular é fundamental, que tem como base a dignidade da pessoa humana e consagra um compilado extenso de direitos e garantias fundamentais. Portanto, o trabalho infantil que assola grande parte das crianças e adolescentes do país, e vem aumentando seu índice em decorrência da pandemia, é uma prática que implica em violação aos direitos fundamentais e a própria dignidade da pessoa humana e que impede a consagração dos valores democráticos. Nesse sentido, Mendes diz:

> [...] considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus

> cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 139)

Com isso, é possível afirmar que o trabalho infantil é uma violação grave dos direitos humanos, uma vez que a pobreza e a desigualdade social fazem com que as oportunidades de uma vida digna sejam quase inexistentes, acarretando na interrupção do desenvolvimento físico e mental de qualidade, e a própria infância em si. Além disso, ao atingirem a vida adulta, as oportunidades também são reduzidas, tornando-se trabalhadores com salários baixos e propensos aos empregos em condições degradantes, gerando assim, um ciclo vicioso de pobreza.

No ano de 2019, segundo a pesquisa realizada pelo Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho infantil, 1,8 milhão de crianças e adolescente foram submetidas ao trabalho infantil no Brasil, sendo importante destacar que a maioria dos infantes que são pressionados ao trabalho, são meninos negros na faixa de 16 e 17 anos e que residem em zonas urbanas, sendo trabalhadores informais, fora de programas de aprendizes, sem carteira assinada e com baixa remuneração (LIN, 2021).

Para Guilherme Silva, mestre em Economia pela Universidade Federal de Uberlândia, o trabalho infantil junto com o exercício de afazeres domésticos, compromete a formação escolar dos infantes, na medida em que eles ficam com tempo reduzido para estudar, trazendo consequências sérias para o futuro.

Ademais, a OIT e o UNICEF, informam que há grande possibilidade de que mais de 8,9 milhões de crianças e adolescentes no mundo ingressem no trabalho infantil até o ano de 2022, como consequência da pandemia, somando-se aos já contabilizados 160 milhões. Nos últimos quatro anos houve um aumento de 8,4 milhões de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil, e além

deles, 8,9 milhões correm o risco de ingressar. Também é necessário levar em consideração que os infantes que já se encontravam nessa situação podem estar trabalhando ainda mais horas ou em situações ainda mais degradantes, tendo em vista que suas famílias se encontram mais vulneráveis frente à diminuição de renda causada pelo aumento do desemprego no país.

Ainda de acordo com a UNICEF, o setor agrícola é responsável por 70% das crianças e dos adolescentes em situação de trabalho infantil (112 milhões), seguido por 20% no setor de serviços (31,4 milhões) e 10% na indústria (16,5 milhões). Para complementar, quase 28% das crianças de 5 a 11 anos e 35% dos meninos e meninas de 12 a 14 anos em situação de trabalho infantil estão fora da escola.

No Brasil, segundo os últimos dados coletados pela Pnad Contínua, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, antes da pandemia, 1,758 milhão de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos estavam em situação de trabalho infantil. E que dessas crianças, 706 mil vivenciavam as piores formas de trabalho infantil, estando estre elas as práticas análogas à escravidão, prostituição, tráfico de entorpecentes, entre outros. A UNICEF realizou levantamento de dados para melhor compreensão de como o trabalho infantil se elevou, vejamos:

> "Foi realizado levantamento de dados sobre a situação de renda e trabalho com 52.744 famílias vulneráveis de diferentes regiões de São Paulo, que receberam doações da organização e seus parceiros. Entre os dados levantados de abril a julho de 2020, o UNICEF identificou a intensificação do trabalho infantil, com aumento de 26% entre as famílias entrevistadas em maio, comparadas às entrevistadas em julho".

Diante os fatos expostos, tornou-se evidente que o trabalho infantil era uma realidade que estava se distanciando, mas com a pandemia do coronavírus, os impactos socioeconômicos trouxeram à

tona e agravaram as problemáticas que já estavam sendo enfrentadas. Por fim, em razão desse aumento gradativo, a OIT e o UNICEF recomendam que haja proteção social adequada para todos, incluindo benefícios universais para crianças e adolescentes, com o intuito de que possam ter uma vida digna, incluindo o aumento dos gastos com educação de qualidade e retorno de todas as crianças e todos os adolescentes à escola, incluindo quem estava fora da escola antes da pandemia de COVID-19, tendo em vista que a evasão escolar se tornou ainda mais presente.

3.3 A EVASÃO ESCOLAR DURANTE A PANDEMIA E O AUMENTO PROGRESSIVO DO TRABALHO INFANTIL

No contexto de um país onde a evasão escolar é um fator comum, a pandemia da COVID-19 no Brasil, vem para contribuir com essa realidade lamentável, aumentando-a consideravelmente, coagindo o Estado a tomar medidas rápidas para que os danos pudessem ser postergados e menos avassaladores. No entanto, há de se acordar que, se em anos de luta contra o trabalho infantil e o combate à evasão escolar não tem sido efetivos, torna-se duvidoso que agir com rapidez e perspicácia em um curto período de tempo, algo seja feito em forma de melhoria para esses, que são tão desamparados do poder estatal.

Diante do exposto, cabe aos cidadãos se atentarem a esse desamparo Estatal, e cobrar políticas públicas para que venham de fato a acontecer, sendo que esse, tem o dever positivado de agir para com a sociedade, traçando metas e diretrizes governamentais para execução de medidas através da administração pública em sentido estrito.

Outrossim, a disparidade socioeconômica do país, revela que, ainda que as crianças de baixa renda queiram estudar, não cabe a elas ou aos pais, terem controle sobre isso, na medida em que a pandemia exige um isolamento social para que não haja disseminação ainda maior do vírus, que assola o mundo inteiro. Tais fatos obrigam esses menores a permanecerem em casa, se ausentando do contato com

qualquer tipo de aprendizado fornecido pela escola, em virtude de não terem acesso ao material via plataforma remota.

Destarte, a quantidade de alunos entre 6 e 17 anos de idade, que abandonaram as instituições de ensino no período da pandemia, foi de 1,38 milhão, segundo o Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas para Infância (UNICEF), isso porque, como supracitado, a impossibilidade e a inviabilidade de o aluno ter condições adequadas para estudar em um sistema remoto, não contribuí muito em um país onde fica evidenciado a desigualdade social em que muitos tem pouco, e poucos tem muito.

Para Bruna Ribeiro, jornalista do Cidade Aprendiz e do Criança Livre do Trabalho Infantil (antiga Rede Peteca), em uma entrevista para o Observatório do Terceiro Setor, a pandemia limita o papel dos profissionais da educação como identificadores da violência:

> "A escola era um ator da rede de proteção e o professor, na maior parte das vezes, é o único adulto fora do círculo familiar que tem contato com a criança e adolescente. Sem a vivência presencial fica difícil perceber as marcas e os sintomas do trabalho infantil. No online, os sinais ficam ocultos e as crianças presas com os agressores". (RIBEIRO, Bruna, 2021, p. 1)

Assim, com a evasão escolar das vítimas feitas por esse desastre pandêmico, surge uma obrigação intrínseca às famílias mais pobres, na qual esses menores, se sujeitam a condições de trabalho não apropriados à sua idade desde a tenra infância, para ajudarem no sustento da família. E conforme dito, o trabalho para essas crianças ocupa não só o tempo de estudar, mas também o de brincar, que conforme a Declaração Universal dos Direitos da Criança, tem-se o direito de brincar como uma vertente do direito à liberdade de meninos e meninas.

Cuidar para que as crianças, adolescente e jovens tenham seus direitos garantidos é um dever não só do estado, como muitos

pensam, mas sim, de todos, que é expresso através da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), regido por lei Constitucional, em seu art. 227:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. *(Brasil. Constituição de 1988)*

O referido artigo constitucional, nos revela que quando apoiamos o trabalho infantil, ainda que indiretamente, comprando balas em semáforos, doces em praias, picolés em centros urbanos das cidades, nós estamos financiando o trabalho infantil e incentivando para que continuem a trabalhar, largando de uma vez por todas, as brincadeiras e a aprendizagem através do estudo.

Como se não fosse o bastante, o tema é tão complexo quanto triste, pois, se essas crianças voltarem para suas casas de mãos vazias, isso importa em dizer que sua subsistência será colocada em risco, uma vez que o dinheiro adquirido com o trabalho nas ruas, a título de exemplo, é o dinheiro que será usado pra ajudar a comprar o alimento pra casa, ou ajudar na luz, aluguel, etc. Por isso é tão importante serem implementadas políticas públicas não só nacionais, mas internacionais, reunindo todas as forças possíveis para melhorias nesse cenário, pois por óbvio, as crianças de hoje são o futuro de amanhã, sem esquecer que essas tão vulneráveis, estão aqui, e agora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Organização Mundial da Saúde (OMS), no ano de 2020, anunciou a chegada de um vírus, SARS-CoV-2, também conhecido como o Novo Coronavírus, que foi responsável por instaurar uma enfermidade amplamente disseminada por todos os continentes.

O impacto causado pelo coronavírus afetou os sistemas de saúde, e expôs a população e os grupos vulneráveis a situações inimagináveis, afetando também, a saúde mental das pessoas em tempo de confinamento, além de incidir grande temor pelo risco de adoecimento e morte.

Neste mesmo contexto, o fechamento provisório, e até mesmo, definitivo, dos estabelecimentos comerciais, com a finalidade de promover o distanciamento social, acarretou na interferência de toda cadeia produtiva, e, consequentemente, demissões de funcionários.

Também há de ser ressaltado que o desemprego no país sempre foi algo comum, pois mesmo havendo espaço e recursos para serem explorados, a falta de investimento em vários setores, como o comércio, fez com que as empresas produzissem menos, e, tais fatores foram agravados em decorrência da pandemia, aumentando drasticamente o número de pessoas desempregadas.

Deste modo, outro efeito que também se observou no país, em decorrência da deflagrada situação econômica ocasionada pela pandemia, foi o aumento do trabalho infantil, devido à vulnerabilidade que as famílias brasileiras se encontram.

Faz-se importante mencionar que o trabalho infantil é caracterizado como o trabalho que priva as crianças de sua infância, seu potencial e sua dignidade, sendo prejudicial ao seu desenvolvimento físico e mental. Portanto, a Constituição Federal em ser art. 7º, XXXIII, proíbe o trabalho realizado por crianças ou adolescentes, com ou sem finalidade de lucro, em idade inferior a dezesseis anos, ressalvado o trabalho na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos.

Além disso, o trabalho infantil contribuiu ainda mais para que ocorresse a evasão escolar das vítimas desse desastre pandêmico,

tendo em vista que os infantes se sujeitam a condições de trabalho não apropriados à sua idade com o intuito de contribuir com a renda da família para que sua subsistência seja digna.

Sendo assim, em vista do exposto, podemos concluir que a atuação dos órgãos de fiscalização estatal é bastante limitada, uma vez que são inertes e não cumprem efetivamente com o que é defeso pela legislação pátria, trazendo a concepção de que as ações de prevenção são mais eficazes para haja a diminuição do trabalho infantil. A princípio, um dos fatores que tornam mais distantes a diminuição, ou até mesmo a erradicação, do trabalho infantil é que parte da sociedade não concebe o trabalho precoce como problema social, acreditando que o correto é que os infantes complementem a renda de suas famílias.

Por esses motivos, a erradicação do trabalho infantil em meio a pandemia tornou-se ainda mais difícil, sendo necessário um processo constante de conscientização e políticas públicas que sejam voltadas para a realidades destes indivíduos. À vista disso, estratégias consideráveis são o investimento na formação das crianças e adolescentes, além de promover a equidade social e econômica, com o devido respeito aos direitos inerentes à pessoa humana.

Por fim, faz-se necessário sensibilizar e capacitar os profissionais da para que possam propagar tais ideais, promovendo debates com alunos e pais, com o intuito de cruzar barreiras culturais, e até mesmo econômicas, que são responsáveis pela inviabilização da efetivação dos direitos da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BRASIL. **IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Desemprego. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php. Acesso em: 23. Jun. 2021.

CABRERA, Valéria Cabreira. **Direito da Infância e da Juventude: uma breve análise histórica e principiológica constitucional e legal**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-115/direito-da-infancia-e-da-juventude-uma-breve-analise-historica-e-principiologica-constitucional-e-legal/. Acesso em: 22. Jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990.

CUNHA, Carolina. **ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente completa 25 anos**. **UOL**. Disponível em: https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/eca-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-completa-25-anos.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

LABORATÓRIO DE EDUCAÇÃO. **O impacto do trabalho infantil na infância.** Disponível em: https://labedu.org.br/o-impacto-do-trabalho-infantil-na-infancia/. Acesso em: 23. Jun. 2021.

LIMA, Mariana. Pandemia coloca em perigo avanços no combate ao trabalho infantil. **OBSERVATÓRIO 3º SETOR** ,17 maio 2021. Disponível em: https://observatorio3setor.org.br/noticias/pandemia-coloca-em-perigo-avancos-no-combate-ao-trabalho-infantil/. Acesso em: 21 jun. 2021

LIN, Nelson. Em 2019, 1,8 milhão de crianças foram submetidas ao trabalho infantil: Segundo pesquisa, maioria é negra e tem de 16 a 17 anos. **RadioagênciaNacional**, 21 jun. 2021. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2021-06/

em-2019-18-milhao-de-criancas-foram-submetidas-ao-trabalho-infantil. Acesso em: 23 jun. 2021

NAVES, Rubens. **Justiça para crianças e jovens**. In: Práticas de Cidadania. Organização: Jaime Pinsky. São Paulo: Contexto, 2004. Acesso em: 22. Jun. 2021.

NOSSA CAUSA. **O direito à infância é fundamental para a justiça e igualdade social**. Disponível em: https://nossacausa.com/o-direito-a-infancia-e-fundamental-para-a-justica-e-igualdade-social/. Acesso em: 23. Jun. 2021.

MANSUR, André Luiz Ache. **O direito fundamental a proteção à infância: uma abordagem das políticas públicas de erradicação do trabalho infantil.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b91c7142134f1167. Acesso em: 23. Jun. 2021.

MELO, Eduardo Rezende. **Direitos humanos de crianças e adolescentes no Brasil: dilemas de um cenário cultural em transformação**. In: Direitos Humanos: percepções da opinião pública, análises de pesquisa nacional. Organização: Gustavo Venturi. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2010

RIBEIRO, Bruna. Dia das Crianças: Dez reportagens sobre como a pandemia afetou a infância e o trabalho infantil. **Criança livre de trabalho infantil**, 25 set. 2020. Disponível em: https://livredetrabalhoinfantil.org.br/noticias/reportagens/dia-das-criancas-saiba-como-pandemia-afetou-infancia-e-o-trabalho-infantil/. Acesso em: 23 jun. 2021

UNICEF. Trabalho infantil aumenta pela primeira vez em duas décadas e atinge um total de 160 milhões de crianças e adolescentes no mundo. **UNICEF**, 10 jun. 2021. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/trabalho-infantil-aumenta-pela-

primeira-vez-em-duas-decadas-e-atinge-um-total-de-160-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-no-mundo. Acesso em: 23 jun. 2021.

O IMPACTO QUE A PANDEMIA DA COVID-19 TROUXE AOS ALUNOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS

Laís Cardoso de Melo[33]

INTRODUÇÃO

Conforme dados informados pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a ciência e a cultura (UNESCO), cerca de 1 bilhão de pessoas no mundo são portadoras de deficiência, seja física ou mental, enquadrando-se que, ainda, desse número aproximado, as crianças representam, aproximadamente 10 %.

É evidente que esse grupo, em seu dia-a-dia, passa por constantes dificuldades para ter um direito igualitário e, principalmente, ter um acesso inclusivo em suas necessidades básicas e, além do mais, terem o direito a educação.

No Brasil há mais de um milhão de alunos deficientes matriculados no ensino regular, dados estes informados pelo Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais (INEP).

No que tange especificamente as crianças portadoras de deficiência, afirma-se que por muito tempo suas famílias eram obrigadas a levarem-nas a uma instituição especializada, observando-se, com isso, uma grande separação.

Desta forma, com o constante despreparo da sociedade com o desenvolvimento dessas crianças e adolescentes, por meados da década de 40 a UNESCO, ONU e a UNICEF se empenharam em tratados e convenções internacionais para obterem a inclusão de ensino, isto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Todavia, somente com a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência, é que o Brasil começou a trabalhar de forma efetiva com os aspectos, incialmente políticos, culturais, sociais e, posteriormente, foram atingindo o pedagógico.

33 Aluna do Centro Universitário Unifaminas. E-mail: laism048@gmail.com

Sob outro aspecto, atualmente, tem-se visto o mundo abominado pelo vírus do COVID-19, sendo assim o objetivo do presente trabalho é demonstrar o que é a educação das crianças e adolescentes e como a mesma está comprometida diante da mudança de vida e intensificação das medidas de distanciamento, abordando os fatos sociais, econômicos e operacionais.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em referências bibliográficas.

2. O QUE É A EDUCAÇÃO INCLUSIVA E QUAIS SÃO OS SEUS PRINCÍPIOS?

Pode-se conceituar a educação inclusiva como um processo que reforma e reestrutura a escola em todas as suas particularidades, oferecendo de forma igualitária a todos os alunos às oportunidades educacionais e sociais, tendo estes, acesso ao esporte, lazer, recreação, avaliação, registros acadêmicos, dentre outros. (MILLER, 2015).

A educação inclusiva abrange a educação especial, esta última dá tratamento diferenciado e leva as crianças com necessidades especiais para instituições especializadas conforme o que elas precisem, porém a primeira não se limita a segunda, pois defende que os menores de idade com deficiência física ou mental devem frequentar o ambiente escolar regular. (KOELLE, 2019).

Tal medida possui o objetivo de garantir o acesso e a participação de todas as crianças, reduzindo o isolamento e a segregação tão constantes e reais, beneficiando as crianças foco da presente pesquisa, além das que pertencem as minorias linguísticas, que tem dificuldades de aprendizagem, as que por algum motivo específico são bastante ausentes na escola e etc.

Consideram-se pertencente ao grupo de alunos com necessidades especiais os deficientes visuais e auditivos, os deficientes físicos, aqueles com transtorno global de desenvolvimentos e outras habilidades.

Frisa-se que os alunos pertencentes a esse grupo possuem direito a frequentar qualquer estabelecimento de ensino, sendo que se algum representante deste se recusar sem justa causa a aceitá-los, responderá até mesmo por crime, isto à luz do artigo 8° da Lei Federal n° 7.853/99.

Entretanto, infelizmente a sociedade brasileira passa por isso frequentemente e, muitas vezes, a família não possui ciência dessa discriminação e não adotam as medidas judiciais cabíveis.

Constitui-se como princípio básico da educação inclusiva o conteúdo disposto no artigo 205 da Constituição Federal, o qual alude que o acesso a educação é para todos e é um dever do Estado e da Família garanti-lo, devendo, ainda, a sociedade colaborar para a sua efetividade.

Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, comumente, assegura sobre esse mesmo direito à educação a todas as crianças e adolescentes, previsto em seu artigo 53, caput, o qual, igualmente, visa o desenvolvimento e preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

Ademais, o segundo princípio adotado pela Educação Inclusiva é o que considera que toda pessoa seja capaz de aprender. Embora todos sofram certas limitações e dificuldades, com foco e objetivo conseguimos superar certas adversidades e é isso que os profissionais dessa área pregam, pois todos possuem potencial, o importante, é conseguir entender de forma minuciosa sobre os impedimentos que os grupos com necessidades especiais possuem e saber lidar com eles para tornarem-se capazes de adquirir seus intuitos, mesmo com suas restrições.

Não obstante, outro princípio pregado pela mesma é que cada criança aprende de uma maneira diferente da outra, ninguém é igual e, portanto, independente de deficiência, cada um tem sua forma de entender conteúdos e matérias diversas.

À vista disso, a educação inclusiva é um caminho para os que no passado eram discriminados pela sua condição física ou mental, se integrarem na comunidade educativa e, no futuro, ter boas posições

no mercado de trabalho, diminuindo, assim, as desigualdades e aumentando o respeito e empatia pelo outro.

3. A EDUCAÇÃO INCLUSIVA DE ACORDO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir de meados da década de 80 houve uma maior discussão acerca da inclusão dos alunos com necessidades especiais no ambiente escolar, resultando a expansão das APAE´s e, por sua vez, a Constituição Federal de 1988 também foi responsável por trazer à tona diversas mudanças para o ensino dos estudantes deficientes.

A carta Magna, como destaque significativo, atribuiu que a Educação Especial passasse a ser considerada como competência comum de todos os entes federativos, ou seja, Estados, Municípios, Distrito Federal e União.

Dessa maneira, destaca-se dois artigos destinados especificadamente a temática abrangida nesse tópico, contido na Carta Republicana, senão vejamos:

> Art. 24: Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar corretamente sobre: XVI – Proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.
> Art. 208: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: III- Atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Os dois artigos supracitados se interligam, o primeiro mencionado garante a integração dos portadores de deficiência de uma maneira geral, o segundo foca-se diretamente no tratamento educacional para estes na rede regular de ensino.

Outro dispositivo que merece destaque é o Estatuto da criança e do adolescente que surgiu em 1990 e trouxe grandes avanços para a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, conforme previsto no artigo 4° do mesmo, a seguir:

> É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a à convivência familiar e comunitária. Parágrafo Único. A garantia de prioridade compreende: a) Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Com isso, o ECA é uma garantia que fornece disposições em gerais para a comunidade infantil poder evoluir de uma forma estruturada, incluindo-se as crianças portadoras de necessidade especial que precisam de uma vida digna assim como todos.

Outro importante marco para o tema em específico foi a Lei número 9.394 de 1996, nomeada como Lei de Diretrizes e Bases da Educação nacional, que é baseada no entendimento de que todos devem ter oportunidades iguais na aprendizagem, para de forma perspicaz desenvolver as habilidades qualificadoras e se inserirem economicamente e socialmente na vida coletiva.

Essa lei dividiu-se em várias matérias importantes, em especial para o conteúdo apresentado, cita-se o capítulo que trata sobre a educação inclusiva e o preparo dos professores nessa modalidade. Passemos a análise dos artigos que referem-se a mesma:

Art. 58. Entende-se por Educação Especial, para os efeitos desta lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais. § 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial. § 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições especificas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular. § 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem inicio na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais:

I.Currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específica para atender às suas necessidades;

II. Terminalidade especifica para aqueles que não poderem atingir o nível exigido para a conclusão do em sino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados.

III. Professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV. Educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artísticas, intelectual ou psicomotora.

> Art. 60.Os órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializados e como atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público. Parágrafo Único. O Poder Público adotará, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com necessidades especiais na própria rede regular de em sino independentemente do apoio às instituições previstas neste artigo.

Ao analisar os referidos, percebe-se o dever do Estado em zelar com a possibilidade de promover ações para o acesso ao ensino regular, com apoio dos profissionais especializados e atingir com êxito os apoios a intensificação das habilidades artísticas, intelectuais e psicomotora.

Torna-se necessário, por consequente, e devido a importância da sua efetivação, mencionar, também, sobre a lei n° 13.146, qual seja o Estatuto da Pessoa com Deficiência. A mesma visa efetivar o direito a todos.

Ademais, pode-se afirmar que com essas leis específicas é que foi estabelecido, realmente, a obrigatoriedade da inclusão na educação e a maior preocupação para que os portadores de necessidades especiais se inserissem em todos os ambientes de forma igualitária.

4. A PANDEMIA E OS DESAFIOS DOS ALUNOS COM DEFICIÊNCIA PARA ACOMPANHAR AS AULAS REMOTAS

4.1 PONTOS GERAIS.

Como tem-se acompanhado, todos foram impactados com o novo coronavírus Sarvs- Cov-2, surgido no final de 2019 na China que se espalhou por todo o mundo em 2020, necessitando de medidas para enfrentá-lo, principalmente o distanciamento social.

Com isso, no que concerne especificamente as aulas, precisou-se adaptá-las para o ambiente remoto, visto que as escolas são lugares de grande aglomeração e, por sua vez, foco de disseminação da doença.

Além de ser um método diferente e, por isso, complicado de se assimilar e tolerar, tem-se averiguado uma falha nesse sistema, trazendo à tona uma série de desigualdades sociais.

Os prejuízos causados a todos que estudam têm sido imensuráveis, porém de uma forma um tanto desafiadora e mais difícil tem sido a integração dos estudantes com algum tipo de deficiência com as aulas remotas. Mesmo tendo um acompanhamento com os professores, não é nada fácil o enfrentamento nesse novo meio. (SEVERO, Luana, 2021).

Cabe ressaltar que além da dificuldade de concentração, de entendimento e de envolvimento entre aluno e professor, também se tem notado a precariedade de muitos com os recursos tecnológicos, tais como, computadores, celulares, acesso à internet, dentre outros.

Além disso, não são todos os pais que possuem períodos vagos para poderem se dedicar de forma integral para com o filho portador de necessidade especial durante o período que estes, antes da pandemia, estavam na escola, e atualmente passam em casa. Os genitores acabam tendo que se dividir entre as tarefas de trabalhar, cuidar de casa e ainda ensinar as crianças o que elas não conseguiram aprender de forma remota.

Fora as grandes alternativas que essas crianças e adolescentes precisam passar para aprenderem com êxito, com uma maior atenção voltada a elas, recebendo um apoio apropriado, como por exemplo um acompanhante fornecido pela escola para acompanhá-las em suas atividades, no ambiente online não se tem esse reforço e dessa forma torna-se complexo cumprir com as atividades propostas pela instituição.

O que muitas escolas têm feito é disponibilizado materiais impressos, porém somente por esse meio não atinge de forma eficaz o entendimento que precisam ter. Ocorre que muitos professores dão a aula online durante um tempo bem inferior que o comum e deixam

tarefas para os alunos, incluindo os deficientes, fazerem e entregarem em um período estimado. Entretanto, acaba que os últimos citados não estão dispondo do suporte devido em todas as instituições, não tendo aulas individualizadas, por exemplo, que seriam uma forma de auxílio. (PEREIRA, Raphael, 2020).

Sob outra perspectiva, os estudantes deficientes que se habituaram com os seus colegas de classe, com seus professores e demais profissionais da educação, passam por grandes impactos durante esse período pandêmico, pois normalmente, a depender do que for a deficiência, de início é um processo que demanda esforço e compreensão das outras crianças para o relacionamento entre eles.

Todavia, geralmente, após esse período eles se enturmam e geram laços afetivos, ou seja, se assimilam entre si e ficam dependentes daquela rotina e, com certeza estão sofrendo com a distância dos amigos, com a falta da troca existente em sala de aula, das brincadeiras, atividades físicas, coisas que não ocorrem em casa.

Outro ponto é a concentração, quem tem transtorno de déficit de atenção, citando a título de exemplo, acaba tendo seu nível de aprendizagem diminuído durante esse momento, uma vez que estando a frente do computador, tablet ou celular fica tentado a mexer em outras redes sociais, a praticar jogos virtuais, o que os desviam, ainda mais, do foco.

4.2 ALGUMAS ESTRATÉGIAS UTILIZADAS PELAS REDES DE ENSINO

No que se relaciona especificamente aos recursos adotados pelas escolas para os alunos acompanharem as aulas no ambiente doméstico, pode-se citar as lupas de aumento, o engrossador de lápis e o Power Point, este último permite o acesso a vídeos, áudios, aumento do tamanho das letras. Todos eles são fontes importantes para o acesso físico que muitos alunos precisam. (MATUOKA, Ingrid, 2020).

Um outro recurso utilizado pelos professores é a interação com grupos menores de estudantes, que é um auxílio denotado além do que é realizado com a turma toda, independente da plataforma utilizada

normalmente e que permite acesso a todo aluno que quiser participar, assim, quem tiver interesse pode combinar com os educadores o dia e horário para ter o ingresso a tal abordagem. Pode-se dizer que através desta os alunos vão ter uma comunicação melhor entre eles e buscarão conhecer mais intimamente das matérias que lhe são entregues e o professor logra um acompanhamento mais próximo, observando a dificuldade que cada um apresenta e esclarece melhor as dúvidas. (MATUOKA, Ingrid, 2020).

Para as barreiras apresentadas no que tange aos alunos surdos e mudos, observa-se a presença de redes que colocam janelas de libras nas videoaulas, a disponibilização de material próprio para as família adquirirem e passarem para os mesmos e etc. (MATUOKA, 2020).

4.3 DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE A APRENDIZAGEM DURANT E O PERÍODO PANDÊMICO

Foi feita uma pesquisa aqui no Brasil no ano de 2020 com professores da educação básica da Fundação Carlos Chagas com a Universidade Federal do ABC, a Universidade Federal do Espírito Santo e a Universidade Federal de São Paulo, e os docentes especializados no atendimento Educacional Especializado constataram que a aprendizagem dos alunos com deficiência diminuiu 42,8 %. (SEVERO, Luana, 2021).

Fundamentado nisso, expõe que a realidade tem sido falha, esse meio tem precisado de atividades especializadas e, infelizmente, ninguém estava preparado com essa estrutura.

Há, no entanto, aqueles que tem-se desenvolvido bem, mesmo que dessa forma online, na maioria das vezes nos casos em que a família consegue dar uma maior assistência, quando a criança possui todos os meios tecnológicos, sabendo usar bem a internet e os aparelhos de comunicação e que simplesmente se acomodaram com essa sistematização, porém, como visto nas estatísticas, quase metade dos estudantes deficientes não tem elevado o aprendizado durante a limitação decorrente da COVID-19, o que é preocupante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto fica claro que devido a pandemia todos foram afetados negativamente, mas é necessário ter em mente que mesmo com a dificuldade enfrentada diante desse vírus não se pode esquecer da efetivação dos direitos humanos, que é o que a educação inclusiva sempre buscou.

Além de tudo, não se pode deixar de investir na educação, pois esta é responsável pelo desenvolvimento das pessoas, o pilar para elas se inserirem em ambientes de trabalho, se tornarem especialistas em determinados assuntos e contribuírem para a sociedade com o conhecimento, pois o saber é a base para tudo, sem ele ficamos inertes.

O questionamento que se traz com o que foi discutido até agora é se está sendo garantido a educação inclusiva para os alunos durante o período pandêmico e a resposta é não, infelizmente nem todos estão tendo o acesso merecido.

O que foi observado é que com a vida habitual que tínhamos antes da COVID-19 a rotina, obviamente, era totalmente diferente. Os estudantes deficientes tinham o apoio escolar adequado, com um profissional responsável ao seu dispor, tais como um ledor, mediador ou uma cuidadora, estes os acompanhavam e faziam toda a diferença na aprendizagem, na interação com os colegas de classe e até mesmo na locomoção, por exemplo.

Entretanto, com a doença viral, os progressos acadêmicos e pessoais que as crianças deficientes obtiveram durante todo o percurso escolar sofreram um grande desfalque em vista da substituição presencial pela modalidade digital e a falta dos profissionais que as auxiliavam. Longe da escola faltam, precisamente, as condições e motivações necessárias para o aprimoramento.

Afirma-se ainda que a estrutura escolar não conseguiu seguir o avanço tecnológico, ou melhor, não estava preparada para mover todos os expedientes pelo meio online, o que se tornou um desafio para adaptar-se no atual cenário vivido.

Com a dura adaptação dos educadores no meio digital, mesmo tendo toda uma preocupação com a educação inclusiva, é difícil promovê-la efetivamente durante esse momento, sem contar com a conjuntura desta com a inclusão digital.

Posto isso, os alunos com deficiência precisaram enfrentar as barreiras existentes na sociedade para terem um acesso propício no ensino presencial, não obstante tem passado por grandes dificuldades para acompanhar o remoto.

Consequentemente, o ideal é as escolas tomarem as devidas atitudes para amenizar esse impacto, como promover aulas extras especiais para esses estudantes; disponibilizar grupos de conversas entre os mesmos, para eles não perderem o contato uns com os outros; deixar disponível uma plataforma online própria para tirar dúvidas; providenciar um meio digital também às família que se encontrem em dificuldade para desempenhar trabalhos escolares com a criança; planejar, além do mais, brincadeiras, jogos, que tenham a ver com o ensino e chamem atenção dos alunos com necessidades especiais e prendam sua atenção, dentre outros.

Doutrarte, em algumas cidades o ensino presencial tem voltado gradualmente, devido a população estar se vacinando contra o vírus da COVID-19 e, portando, sendo um dos motivos para voltar aos poucos com a vida habitual.

Nessa perspectiva, com esse retorno, a escola deverá observar o que ficou irregular na aprendizagem de cada aluno, saber recebê-los de forma cautelosa e entendendo os limites de cada um nesse momento, oferendo a regularização do conteúdo a todos para que nenhum fique desfalcado e prejudicado.

Outrossim, de forma racional, deverão os educadores novamente fornecerem aulas inclusivas, promovendo trabalhos e atividades que envolvam a interação de todos, realizando brincadeiras e gincanas, por exemplo, para fazer com que o aluno com necessidades especiais se sinta bem com a volta ao convívio colegial.

Outra medida efetiva, seria o estímulo pelos próprios colegas de classe, estes se socializarem com os colegas portadores de necessidades especiais, os deixando confortáveis e enturmados.

Com as soluções apresentadas, crescer ia-se a motivação e o desejo da criança e adolescente deficiente físico ou mental investir em sua capacitação educacional, o que implementaria a real inserção igualitária desse grupo no ambiente escolar, sendo um direito fundamental deles e que necessita ser sempre fixado, visto que todos somos iguais perante a lei, conforme dispõe o artigo 5°, caput da Constituição Federal.

Em contrapartida, enquanto não voltar totalmente as aulas presenciais, devem as escolas fazerem o que estiver no seu alcance para elevar a educação inclusiva e ter o menor desgaste possível aos alunos pautados, motivando, além disto, as famílias deles, dando todo o suporte, esclarecendo dúvidas, para que após passada essa etapa exaustiva ocasionada pelo vírus da COVID-19, o ensino volte ao normal e as pessoas possam extrair lições dessa situação, tanto nas questões tecnológicas, quanto nos aspectos sociais e inclusivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02/06/21.

BRASIL. LEI Nº 7.853, DE 24 DE OUTUBRO DE 1989: Promulgada em 24 de outubro de 1989. Acesso em: 02/06/2021.

BRASIL. LEI N° 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990: Promulgada em 13 de julho de 1990. Acesso em: 02/06/2021.

BRASIL. LEI N° 13.146, DE 06 DE JULHO DE 2015: Promulgada em 06 de julho de 2015. Acesso em: 02/06/2021.

BILCHES, Willian. Isolamento Social: Os desafios dos alunos com deficiência para acompanhar as aulas remotas durante a pandemia. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/os-desafios-dos-alunos-com-deficiencia-para-acompanhar-as-aulas-remotas-durante-a-pandemia/. Acesso em 01/06/2021.

JAKUBOWICZ, Débora Salles Civitarese. A educação de estudantes com deficiência em tempos de pandemia. Disponível em: https://diversa.org.br//artigos/a-educacao-de-estudantes-com-deficiencia-em-tempos-de-pandemia/. Acesso em: 11/06/2021.

KOELLE, Isis. Educação Inclusiva: O que é, Princípios e Importância. Disponível em: https://fia.com.br/blog/educacao-inclusiva/. Acesso em 02/06/2021.

MATUOKA, Ingrid. Garantia da educação inclusiva durante a pandemia é direito dos estudantes. Disponível em: https://educacaointegral.org.br//reportagens/garantia-da-educacao-inclusiva-durante-pandemia-e-direito-dos-estudantes/. Acesso em: 29/05/2021.

MITTLER, Peter. Educação Inclusiva: Contexto Social. Porto Alegre: Artmed, 2007.

PEREIRA, Raphael. Educação inclusiva: caminhos para não deixar ninguém para trás. Disponível em: https://lunetas.com.br/educacao-inclusiva-caminhos-para-nao-deixar-ninguem-para-tras/. Acesso em: 25/06/2021.

SEVERO, Luana. Educação de estudantes com deficiência é desafio para comunidade escolar na pandemia. Disponível em: https://diariodonordeste.verdesmares.com.br//metro/educacao-de-estudantes-com-deficiencia-e-desafio-para-comunidade-escolar-na-pandemia-1.3077963. Acesso em: 27/05/2021.

CONTRATOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Ana Beatriz Carbos Costa[34]
Vanessa Silva de Paula[35]
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro[36]

INTRODUÇÃO

Sabe-se que as medidas implantadas em decorrência da pandemia, ocasionada pelo novo coronavírus, essencialmente o isolamento social, que é a medida mais segura e eficaz para minimizar a transmissibilidade, afetam diretamente as relações contratuais.

Os contratos são essenciais para o mundo econômico e, devido a isso, devem ser tratados como um "guia" para as transações que estão sendo realizadas, haja vista, serem estes, maneiras seguras de se formalizá-las. Destaca-se, além disso, que por meio deles (seja em relações cotidianas ou empresariais) é possível a parte resguardar-se de determinados riscos e eventuais contradições, constituindo, portanto, direitos e obrigações entre os contraentes.

No que concerne os contratos celebrados durante a pandemia, os contraentes devem, sobretudo, se prevalecerem da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Neste cenário, os contratos tornaram-se objeto de discussões, sendo assim o presente trabalho tem como principal finalidade abordar de forma minuciosa os impactos que pandemia instalada pela disseminação da COVID-19

34 Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas; e-mail beatriz-carbos@outlook.com

35 Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas; e-mail vanessinhasilvadepaula@gmail.com

36 Professora do Centro Universitário Unifaminas. Mestra em Direito Processual, Efetivação da Justiça e Direitos Humanos pela UCP. Pós Graduada em Direito Processual Contemporâneo pela UFRRJ. Autora de diversos artigos jurídicos. Advogada. E-mail:thaysaaquino@hotmail.com

2. DA COVID-19 (NOVO CORONAVÍRUS)

No final do ano de 2019, o advento do novo coronavírus, cognominado COVID-19, manifestou-se na China, em uma cidade conhecida como Wuhan. Estudos demonstram que os primeiros casos surgiram através do contato entre animais e pessoas. O que se sabe é que um grupo de pessoas que trabalhavam em um mercado de animais da citada cidade, apresentaram os primeiros casos. Posteriormente, demais pessoas que nunca haviam tido contato com os mesmos, contraíram o vírus, até que este se alastrou para todo o mundo, resultando na maior pandemia jamais vista.

Com o vírus se espalhando drasticamente, a forma de se viver em sociedade se transformou completamente, afetando retilineamente as relações sociais e, principalmente, a saúde, a política, a economia e, consequentemente, o sistema jurídico. Para os homens, a principal manifestação da doença é a dificuldade em conseguir que o sistema respiratório não se corrompa, para o direito, por sua vez, é garantir e manter a seguridade jurídica provocada pela disseminação do vírus. (MORAIS, Pedro H. de Paula; 2020).

Ademais, com o proceder da doença, o poder público sentiu a necessidade e a imprescindibilidade em se adotar medidas de isolamento social, a fim de retardar o contágio. Em 2020, mais especificamente no dia 11 de março, a Organização Mundial da Saúde proclamou que a COVID-19 já estava sendo considerada oficialmente uma pandemia. Por isso, sancionou-se a lei de número 13.079/20 que aduz medidas de combate de urgência para a saúde. Além do mais, também foi promulgado o decreto 10.282/20, este teve como intento regular a referida lei, definindo, portanto, as atividades consideradas essenciais, bem como a caracterização dos serviços públicos. Contudo, o sistema econômico, um dos campos mais afetados, entrou em colapso, o que fez com que as relações contratuais se abalassem profundamente.

3. DOS CONTRATOS

Conceitua-se contrato o negócio jurídico bilateral ou plurilateral em que as partes, através de comum acordo, compactuam determinadas questões, onde estas se sujeitam ao cumprimento de predileções as quais foram consentidas entre si, sendo certa a possibilidade de se alterar, conservar, ou dissolver tais relações jurídicas.

Em relação à história dos contratos, se considera que eles existem desde os tempos remotos. Seus primeiros indícios foram no Direito Romano, já que ao longo dos acontecimentos da Roma, assim como nas idealizações geradas na fundação da cidade até a ocorrência da desagregação do Império Romano posterior à morte de Justiniano e, em razão da formalidade e incentivo da igreja (direito canônico), as ânsias humanitárias proporcionaram a constituição de direitos e responsabilidades.

Além do mais, outro fator importante é que a Teoria da Autonomia da Vontade foi confeccionada por enciclopedistas pensadores e juristas que, naquele momento, compreenderam a Revolução Francesa, firmando a imposição das convenções para os contraentes à luz da lei. Nasce, dessa forma, o princípio intitulado como "pacta sunt servanda" (LEGAL, Direito; 2021) que, traduzido para o português, significa "acordos devem ser mantidos".

A história vai além, haja vista que os delineamentos sucedidos na idade moderna fizeram com que os contratos realçassem como um crucial meio para a implantação e progresso da economia capitalista. Sendo assim, o mesmo constitui fonte de circulação de trocas e riquezas, dado que as relações contratuais se conectam à prosperidade socioeconômica da humanidade. Por isso, hodiernamente, bem mais do que simples fonte de circulação, o contrato é a forma pela qual os bens se estatizam, ao passo em que deverão ser levados em consideração os interesses pessoais dos contraentes, de modo a atender a função social do contrato (VIEGAS, Cláudia Maria; 2020). Dito isso, cabe fazer uma análise perscrutada das principais características dos contratos.

A priori é válido pontuar acerca da função social do contrato, já que esta é consistente na máxima de que o intérprete deve observar os demais princípios tradicionais, como a autonomia da vontade, supracitada anteriormente e a obrigatoriedade. Dessa maneira, é como se a função social fosse um tipo de espécie que coloca limite à autonomia da vontade, pondo a mesma em debate com o predileto social. Esta constitui um meio de intervencionismo estatal na elaboração e na interpretação dos mecanismos contratuais, para que, assim, além de atingir a função social, se defina as propensões dos contraentes (LEGAL, Direito; 2021).

Outrossim, deve-se destacar a diferença entre a autonomia de vontade e a autonomia privada, uma vez que estas se fazem presente cotidiano das vinculações contratuais. A primeira é um dos princípios do direito contratual que, tem por base, o liberalismo dos séculos XVIII e XIX, em que se pregava que o homem era o ponto central do direito, ou seja, os seus anseios eram desimpedidos e reconhecidos pelo Estado. Para os autores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012; p.142):

> A autonomia da vontade é centrada em três princípios: a) liberdade contratual, como livre estipulação do conteúdo do contrato, sendo suficiente à sua perfectibilidade a inexistência dos vícios subjetivos do consentimento; b) intangibilidade do pactuado – o 'pacta sunt servanda' exprime a ideia de obrigatoriedade dos efeitos contratuais pelo fato de o contrato ser justo pela mera razão de emanar do consenso entre pessoas livres; c) relatividade contratual, pactuada pela noção de vinculatividade do pacto, restrita às partes, sem afetar terceiros, cuja vontade e um elemento estranho à formação do negócio jurídico.]

No tocante a autonomia privada, cabe relatar que a mesma é consistente na disposição das relações jurídicas, ou melhor, é o

poderio de que o particular possui de produzir, nas limitações da lei, diretrizes jurídicas (GALVÃO; Camila; 2015).

Um dos fatores mais importantes a serem estudados à cerca dos contratos é a responsabilidade pré-contratual, cuja se tem como base, o princípio da boa-fé objetiva com regramentos introdutórios para o negócio jurídico alvitrado. E o contrato preliminar, neste, já é uma forma das partes firmarem um acordo que ainda será colocado em contrato. Assim, o Superior Tribunal de Justiça (2008) entendeu que: "a responsabilidade pré-contratual não decorre do fato da tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas o fato de ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material".

A formação dos contratos se dará, respectivamente: através da manifestação da vontade, que poderá ser tácita ou expressa; das negociações preliminares, fase de negociação e sondagem; da proposta, onde serão colocados todos os elementos que devem contar em um negócio jurídico, tais como o preço, a quantidade, o tempo de entrega, dentre outros; da aceitação, momento em que as partes concordarão com as matérias propostas; e momento de conclusão dos contratos, em que se terá, de fato, a formação do contrato (GONÇALVES, Carlos Roberto; 2020)

Sílvio de Salvo Venosa (2021) afirma que o contrato pode ser classificado em: unilateral, onde serão impostas obrigações a apenas uma das partes; bilateral (chamado de sintagmático), quando as partes atribuem-se obrigações recíprocas entre elas, de modo que ambas assumem direitos e deveres; e plurilateral, caracterizadas por se ter várias pessoas com direitos e deveres diferentes, mas na mesma proporcionalidade.

O momento de execução do contrato pode ser: instantâneo, no qual é levado em apreço o tempo da celebração do contrato, já que este ocorre em um ato uno; diferido, onde o tempo de celebração do contrato se dá posteriormente à sua celebração; e de trato sucessivo ou em prestação, que com o passar do tempo, poderá, face à Teoria da Imprevisão, ser alterado. Ainda, neste o cumprimento é sucessivo ou

periódico, como no contrato de compra e venda em que o pagamento é efetuado por intermédio de boleto bancários ou com intermitência trimestral, bimestral, mensal, quinzenal etc. (TARTUCE; Flávio; 2020).

No tocante ao agente, deve-se levar em consideração a sua capacidade jurídica. Ademais, o mesmo poderá ter caráter personalíssimo, impessoal individual e impessoal coletivo.

O seu momento de existência pode ser classificado como: principal, acessório ou adjeto e derivado. E a sua forma pode se dar formalmente ou solenemente, na qual se respeita todas as imposições impostas pela lei; não solene ou informal, ou seja, ser de qualquer maneira; consensual, onde se considera a vontade das partes; e real que, como no contrato mútuo, são firmados a partir da transferência da coisa do objeto contratual.

Sobre a designação, os contratos serão divididos em 05 (cinco) classes: nominados ou típicos, inominados, misto, coligados e união de contratos. Os primeiros se referem àqueles que possuem previsão legal; os segundos, ao contrário deste, não possuem nenhuma previsão legal; os terceiros têm por base os primeiros, mas é acrescentado neste, demais cláusulas; os quartos dizem respeito a duas obrigações em virtude de um só negócio; e os últimos, caracteriza-se por englobar contratos autônomos e distintos, onde suas uniões se dá pelo interesse (GONÇALVES; Carlos Roberto; 2020). Para mais, os contratos também poderão ser de aquisição, de uso ou gozo, de prestação de serviço ou associativo.

Quando se faz um contrato, há que se prestar muita atenção se todas as cláusulas estão claras e objetivas, visto que se deve evitar, sobretudo, quaisquer obscuridades e contradições. Por isso, um ponto essencial que deve ser salientado é a interpretação dos contratos. É nítido que quando se vai interpretar o contrato, o intérprete tem que utilizar da melhor forma para verificar qual era a intenção dos contraentes no momento da pactuação. Destarte, havendo dúvidas, a interpretação deverá ser de maneira menos onerosa. Isso sem contar que as todas as cláusulas devem ser compreendidas concomitantes umas com as outras. Nesse sentido, diante de uma obscuridade entre

duas cláusulas, deve-se se levar em conta aquela mais viável, para fazer jus ao Princípio da conservação ou Aproveitamento do Contrato.

Como regra, a extinção do contrato será pela execução (instantânea ou continuada), ou seja, quando o contrato surtir os efeitos para o fim que fora criado. Assim, a efetiva prestação liberará o devedor da satisfação ao credor.

4. DOS CONTRATOS FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19

Desde o início da pandemia, inúmeros campos da economia se depararam com a dificuldade no cumprimento dos contratos. Em virtude disso, uma das percepções mais acreditável tem sido a de se considerar a pandemia como caso fortuito, isso atentando-se ao fato de todas as medidas já tomadas até a atual conjectura do país.

Em razão da lei 13.979/20 e dos decretos municipais e estaduais, o adimplemento dos contratos tem estado em prejuízo, isso porque a economia está sendo muito afetada, uma vez que além das empresas estarem com um raso arrecadamento financeiro, as pessoas encontram-se no famoso dilema do "abre e fecha".

Quando se olha por uma perspectiva contratual, é notório que o contrato gera entre os contraentes obrigações, logo, diante de um possível descumprimento, surge a indispensabilidade de recompor os dispêndios ocasionados pelo inadimplemento.

Salienta-se que o instituto da força maior está previsto no Código Civil, exclusivamente em seu artigo 393, no capítulo em que é tratado acerca das obrigações. Tal dispositivo legal pressupõe que o devedor não deve responder pelos prejuízos advindos do caso fortuito e da força maior quando não tiverem, expressamente, se responsabilizado por eles. Ademais, o parágrafo único menciona que esses institutos se verificam pela improbabilidade de evitar-se ou impedir-se os efeitos do fato necessário. Ou seja, a força maior retrata um exclusivo de responsabilidade contratual, afastando, portanto, a figura do inadimplemento.

Assim, ambos os institutos elidem o nexo causal, por ser uma das hipóteses da responsabilidade contratual, quais sejam:

> A prova de sua incidência incumbe ao devedor, de modo que são duas as potenciais consequências: (i) a primeira é a resolução do contrato, gerando a isenção de responsabilidade pelo devedor; (ii) a segunda é o retardamento do cumprimento da obrigação. Para que qualquer uma delas seja plausível, é fundamental que o evento em questão seja imprevisível ou irresistível. (KREMER; Bianca; p.7; 2020)

Outrossim, baseando-se no artigo 478 do Código Civil, demais autores classificam o covid-19 como um fato imprevisível e extraordinário. O citado artigo diz que se deve deixar ao contraente a predileção de extinguir o contrato ou solicitar a sua revisão. Contudo, diante de um caso concreto, deve-se atentar para a relação contratual e a sua individualidade, posto que há que ser entender as ocorrências de cada contrato, se realmente houve a impossibilidade de se cumprir com a obrigação, se havia onerosidade excessiva ou se ocorreu algum tipo de impacto diverso (SCHREIBER, Anderson et al.; 2020). Somente quando se já tiver apurado o contrato é que se cogitará uma possível aplicação de caso fortuito para liberar o devedor, bem como se aplicará ou não, as hipóteses do artigo a pouco mencionado. Nesse contexto, não seria correto considerar que todos os contratos podem ser extintos ou revistos, dado que em muitas situações, não é a pandemia que afeta aos mesmos e sim os acidentes externos a ela.

Pode acontecer também da administração pública, diante de suas restrições, contagiar o contrato. Diante disso, lembra-se do *fato do príncipe,* categoria de força maior decorrente da injunção estatal, que onera significantemente, o exercício de um acometimento ou o cumprimento de um contrato (KREMER, Bianca et al.; 2020). O Superior Tribunal de Justiça (2016) entende que quando o Estado determina uma norma, podem sobrevir dois feitos: o primeiro, consistente na

factibilidade de responsabilizar o Estado pelos danos; e a segunda é o afastamento do laço entre o dano causado e as pessoalidades que faz configurar em competição privada o instituto da força maior.

Nesse viés, inicialmente, com base nos argumentos destacados, o covid-19 assentiria aos contraentes "adiar o seu desempenho, não o executar ou renegociar os seus termos" (KREMER; Bianca; p.8; 2020). Contudo, é fundamental cotejar a respeito do implemento da obrigação prevista no contrato. Além de afirmar que a impossibilidade deve ser flexibilizada, Sérgio Cavalieri (2019) assenta que a inexequibilidade possui objeto jurídico irresoluto e, devido a isso, deve ser levada em conta pelo intérprete.

Doutrinadores reiteram que aqueles contratos que, porventura, tiveram sua finalidade perdida antes do vencimento, retêm na pandemia base para romper o contrato de forma antecipada. Um ponto crucial seriam as partes apetecerem uma cláusula envolvendo o "teste da vontade presumível", tendo em vista a dificuldade em presumir-se os eventos prováveis que poderiam causar determinadas inconveniências ao contrato, assim como colocar explicitamente todas as extravagâncias. Isso em virtude de a vontade presumível conceder que eventualidades imponderadas sejam passíveis de solução (OLIVEIRA, Carlos Elias; 2020).

A indispensabilidade de que o devedor enuncie que não estava em mora dos episódios que desencadearam o caso fortuito é evidente, já que, nesta hipótese, a inadimplência já era antecedente à este instituto e o inadimplemento ocasionado pela pandemia do covid-19, não fará com que a parte fique desobrigada de contrair as sanções ensejadas pela insolvência.

Note-se, além disso, que muitos contratos têm sido muito afetados economicamente, tornando-se ainda mais indispensável o fato de que os contraentes se valham da boa-fé objetiva (artigo 422, do CC) para negociarem de forma que beneficie a ambos. À vista disso, com o intuito de resguardar o contrato, as próprias partes deverão avistar meios alternativos para chegarem a um acordo.

No que tange os contratos de locação de imóveis, vale pontuar que são bilaterais, isto é, a prestação e a contraprestação são acertadas entre o locatário e o locador, este entregará o imóvel para uso daquele, mediante pagamento da prestação acertada, que será o aluguel.

À vista disso, nos contratos de locação de locação de imóveis, tanto comerciais quanto residenciais, existe a possibilidade de revisão contratual, conforme ao artigo 317 do Código Civil, in verbis: "Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação."

No atual cenário oriundo da pandemia da Covid-19, todas as áreas estão sendo diretamente afetadas, sobretudo a saúde e economia, como bem mencionado anteriormente. Em dados momentos, para reduzir o colapso do sistema de saúde, foi necessário a aplicação do lockdown, em que todos os estabelecimentos não essenciais foram fechados. Consequência disto, houve fechamento de inúmeras lojas, acarretando, portanto, em um aumento considerável do número de desempregados.

Diante disso, é de suma importância a proatividade da conciliação e negociação entre o locatário e locador, ajustando valores e/ou formas de pagamento para resguardares ambas as partes obrigacionais. Contudo, o locador e o locatário devem prevalecerem de boa-fé, que é a base contratual.

Impossível o acordo entre as partes, o poder judiciário, quando acionado, poderá intervir nestas relações contratuais. Posto isto, a jurisprudência atual entende que a força maior atinge ambas as partes. Todavia, para a revisão ou rescisão, sem a aplicação das sanções previstas em contrato, por exemplo, vê-se a necessidade de comprovação efetiva da influência da pandemia na relação contratual, demonstrando o desiquilíbrio econômico-financeiro.

> Nestes casos, a jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo está

> observando, em síntese, duas questões essenciais para acolher as pretensões dos autores: (i) deve haver prova concreta do desequilíbrio contratual e redução da capacidade econômico-financeira do locatário induzida pela pandemia; e (ii) o locador deve ser reativo às soluções negociadas para tentar mitigar os impactos da crise. Caso estes requisitos não se verifiquem, tem prevalecido o entendimento de que não há motivos para interferir na autonomia das partes e suspender ou reduzir temporariamente os valores dos aluguéis (JUNIOR e AMARO; p. 3; 2021).

Levando em conta que no atual cenário o judiciário tem dado ainda mais prioridades para questões urgentes, a revisão judicial dos contratos deverá ser a última opção a ser considerada pelas partes, as mesmas devem exercer entre si, acima de tudo, a cooperação, como bem alude o princípio da solidariedade elencado na Constituição Federal em seu artigo 3°, I. É imprescindível que as partes optem pela preservação do contrato, de modo a evitar, nesta situação de colapso, que os dispositivos jurídicos sejam usados com contrafação pelos que não necessitam realmente de suas aplicações.

Por fim, no que diz respeito aos contratos que estão sendo elaborados no decurso da pandemia, é pertinente dizer que as vigentes continências não podem ser apontadas como fundamento para alegar caso fortuito ou força maior, visto que já não se considera a pandemia como um fato imprevisível ou obscuro (OLIVEIRA, Amanda; e MIRANDA, Heloina; 2020) .Desse modo, é recomendado para os contraentes, como meio de evitar-se devidos prejuízos, que seus contratos detenham cláusula explicita expondo o que deverá ou não ser considerado como caso fortuito e força maior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente estudo foi abordar a respeito dos contratos em tempos de pandemia. Por isso, para se entender todo o feito e todo o contexto em que, não só o país, mas também o mundo se encontra, foi discorrido, em um primeiro momento acerca do novo coronavírus.

Mais a diante foi pontuada de forma geral as principais diligências dos contratos, além do efeito da pandemia nos mesmos, onde se utilizou como principal exemplo os contratos de locação. Viu-se que o quê muitos tem colocado em questão é a responsabilidade contratual em função do caso fortuito e da força maior, onde sendo a pandemia considerada como um destes institutos, fica afastada a incumbência de adimplir com a obrigação pactuada entre a partes.

Não obstante, é cabível apontar que não serão todos os contratos afetados pela pandemia que terão nela força de afastamento da responsabilidade causal, haja vista que, acima de tudo, deve-se analisar cada contrato e cada caso concreto de forma individual. Diante disso, levando em consideração que os contraentes devem se fazer valer da boa-fé objetiva e da função social do contrato, atentar-se para as singularidades de cada contrato, indubitavelmente, é crucial para se alcançar uma manutenção harmônica entre as partes.

Em virtude de tudo isso, o mais correto e o mais plausível a se fazer é que as partes usem do bom senso e do diálogo para se conseguir chegar a um acordo de modo em que ambos não fiquem em desvantagem, logo, o mais recomendado é que os contraentes procurem renegociar as cláusulas contratuais para se alcançar aditivos contratuais que atentem para o equilíbrio contratual. Sem dúvidas, isso reduzirá a exacerbação da crise social e econômica da qual todos nela se encontram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: RESP 1051065 AM (2008/0088645). Recorrente: BMW do Brasil LTDS. Recorrido: Cosfarma produtos cosméticos e farmacêuticos LTDA. Relator: ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSENCIA. DECLARATÓRIOS PROCRASTINATÓRIOS. MULTA. CABIMENTO. CONTRATO. FASE DE TRATATIVAS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. DANOS MATERIAIS. SÚMULA Nº 7/STJ.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13 Ed. São Paulo? Atlas, 2019, p. 389.

GALVÃO; Camila. **Qual é a diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade.** Disponível em: https://galvaocamilla.jusbrasil.com.br/artigos/186333535/qual-e-a-diferenca-entre-autonomia-privada-e-autonomia-da-vontade#:~:text=Para%20o%20mencionado%20autor%20a,limites%20legais%2C%20normas%20jur%C3%ADdicas%E2%80%9D. Acesso em: 20 de maio de 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Contratos e Atos Unilaterais.** Coleção de direito civil brasileiro volume 3 – 17. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JUNIOR, Jayme Marques de Souza; AMARO, Anderson de Souza. **Os impactos da pandemia da covid-19 nos contratos de locação imobiliária.** Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/338466/os-impactos-da-pandemia-da-covid-19-nos-contratos-de-locacao-imobiliaria. Acesso em: 28 de maio de 2021.

KREMER, Bianca**. Covid-19 e contratos comerciais: força maior como medida terminativa e revisional.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324594/covid-19-e-contratos-

comerciais--forca-maior-como-medida-terminativa-e-revisional. Acesso em: 24 de maio de 2021.

LEGAL, Direito. **Resumo de Contratos.** Disponível em: https://direito.legal/direito-privado/conceito-de-contratos/#:~:text=O%20tema%20%E2%80%9C%20Contratos%E2%80%9D%20possui%20sua,%2C%20dos%20Contratos%20em%20Geral).&text=Os%20contratantes%20s%C3%A3o%20obrigados%20a,de%20probidade%20e%20boa%2Df%C3%A9. Acesso em: 19 de maio de 2021.

MORAIS, Pedro H. de Paula. **Os sintomas do Coronavírus Nos Contratos.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/noticias/os-sintomas-do-coronavirus-nos-contratos/. Acesso em: 18 de maio de 2021.

OLIVEIRA, Amanda; e MIRANDA, Heloina. **Coronavírus (Covid-19): O cumprimento dos contratos em tempos de pandemia.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/323300/coronavirus--covid-19---o-cumprimento-dos-contratos-em-tempos-de-pandemia. Acesso em 25 de maio de 2021.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. **O coronavírus, a quebra antecipada não culposa de contratos e a revisão contratual: o teste da vontade presumível.** Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/3904C2C4DAEF07_Coronaequebraantecipadadocontr.pdf. Acesso em: 24 de maio de 2021.

REsp 1280218-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellize, 3ª T., j. 21-6-2016, DJe 12-8-2016.

SHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; BRANDÃO, Everilda; ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; CUNHA; Pablo Malheiros da. **Devagar com o andor: coronavírus e contratos de boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar qualquer medida terminativa ou revisional.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/

migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor--coronavirus-e-contratos---importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional. Acesso em: 24 de maio de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie** – v. 3 – 15 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Silvio. **Direito Civil: Contratos**. – 21 ed. – São Paulo: Atlas. 2021.

VIEGAS, Cláudia Maria. **A evolução do Contratual Brasileiro.** Disponível em: https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/829904071/a-evolucao-do-direito-contratual-brasileiro. Acesso em: 19 de maio de 2021.

A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO FORMA DE DIMINUIÇÃO DO PASSIVO TRIBUTÁRIO EM MEIO A PANDEMIA DA COVID-19

Maria Olívia Mattos Calais[37]

INTRODUÇÃO

Evidente é que a transação tributária pode ocorrer de modo extrajudicial, com a negociação de créditos tributários não judicializados ou mesmo judicialmente, abrangendo créditos tributários já judicializados, sendo certo que na segunda hipótese, há questionamento quanto à possibilidade de relativização do crédito, tornando-o disponível, para que seja possível a celebração de acordos tributários entre o contribuinte e a Fazenda Pública, o que será debatido.

Neste contexto, é certo afirmar que o Direito Tributário é um ramo do direito público autônomo que disciplina as relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e o contribuinte, responsável pela estipulação de regras acerca da tributação, em âmbito nacional e internacional.

Para a melhor compreensão do tema proposto, é preciso compreender a relação jurídico tributária, devendo ter em mente de que a mesma se desdobra em duas fases.

A primeira fase diz respeito ao surgimento da obrigação tributária, sendo esta decorrente da existência de um fato gerador. Assim, a existência do fato gerador dá azo ao nascimento da obrigação tributária; com a obrigação tributária é possível que haja a constituição do crédito tributário, por meio do lançamento, tornando-o líquido e exigível. Nesta fase se vislumbra a possibilidade de suspensão, extinção ou exclusão do crédito tributário.

37 Advogada. Pós Graduada em Direito Tributário pela UCAM. Pós Graduanda em Direito Civil e Processo Civil. Pós Graduanda em Direito Público. E-mail: mariaolivia-mattoscalais@gmail.com

A segunda fase diz respeito à inscrição em dívida ativa do crédito tributário em nome do devedor, sendo certo que sua cobrança pode ocorrer extrajudicialmente ou judicialmente. Para que a cobrança seja feita judicialmente é preciso à confecção da Certidão da Dívida Ativa – CDA, título executivo hábil para o ajuizamento da Execução Fiscal.

A transação tributária é admitida como forma de extinção do crédito tributário, estando declinada nos artigos 156, inciso III e artigo 171, ambos do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966).

Sendo um meio eficiente de negociação entre o contribuinte e o fisco, a transação tributária, aplicada tanto em créditos judicializados e não judicializados visa auxiliar o contribuinte no cumprimento de seus compromissos, ainda mais em um período tão crítico como o que estamos vivendo, visto que a pandemia da Covid-19 provocou a diminuição da arrecadação de empresas, com o comprometimento de receitas e também ocasionou o desemprego de muitos trabalhadores.

Em primeiro momento, o presente estudo tem como escopo demonstrar a possibilidade de relativização do crédito tributário judicializado para que seja possível a realização da transação tributária.

Após, será exposto como a transação pode ser utilizada como forma de autocomposição de litígios e, ao final, como tem sido o seu como forma diminuição do passivo tributário em meio a pandemia da Covid-19.

Para alcançar os objetivos propostos utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, mediante revisão literária de obras e artigos científicos divulgados em meio eletrônico.

2. O CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O sistema tributário brasileiro é estruturalmente composto por regras que regulamentam a instituição, a cobrança e a arrecadação de tributos. Dado sua importância, se encontra previsto em um capítulo próprio na Constituição Federal de 1.988, notadamente a partir do artigo 145 (BRASIL, 1988).

Com efeito, o poder de tributar é exercido pelos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo realizada a cobrança de tributos aos cidadãos–contribuintes para o custeio de ações governamentais e prestações de serviços públicos.

Neste contexto, para que haja a cobrança de tributos é imprescindível a existência de lei que a regulamente. Para tanto, o Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) é o compilado de leis, responsável pelo tratamento de diversas matérias tributárias. Ao mesmo passo, os princípios tributários direcionam a aplicabilidade e efetividade desta legislação.

A referida cobrança somente é permitida após o crédito tributário ter sido devidamente constituído, lançado pelo fisco e inscrito em dívida ativa. Importante salientar que após a inscrição em dívida ativa, pode o mesmo ser cobrado judicialmente, com o ajuizamento de execução fiscal ou extrajudicialmente, mediante protesto da Certidão de Dívida Ativa.

A possibilidade de transacionar nas execuções fiscais tem sido tema de frequente debate, haja vista a necessidade de relativização do crédito tributário, o que será adiante analisado.

2.1 A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO JUDICIALIZADO

Importante sobrelevar que a partir da interpretação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, há prevalência do interesse do Estado sobre o interesse do particular, frente a uma relação verticalizada, visto que o Estado possui determinadas prerrogativas que o auxiliam na garantia do interesse coletivo. Corroborando com a definição deste princípio, o princípio da indisponibilidade do interesse público nos remete a ideia de que o Estado não pode abrir mão do interesse público, tornando-o indisponível.

Nesse viés, inobstante a inexistência sólida de conceito atribuído ao interesse público, a doutrina moderna considera que o interesse público pode ser bipartir em primário e secundário, de modo que

o interesse público primário simboliza o interesse da coletividade enquanto o interesse público secundário representa o interesse do Estado.

Segundo Carvalho (2017, p. 61-62) que "[...] o interesse primário é composto pelas necessidades da sociedade, ou seja, dos cidadãos enquanto partícipes da coletividade, não se confundindo com a vontade da máquina estatal, a qual configura o interesse secundário".

Desta forma, tem-se que o interesse público primário representa a conquista dos interesses coletivos pelo Estado, com o fim de atingir o bem comum, possuindo ligação com a garantia dos direitos fundamentais resguardados pela Carta Magna a todos os cidadãos.

Em contrapartida, o interesse público secundário é compreendido como as atividades-meio utilizadas pelo Estado para garantir o interesse público primário, ou seja, para garantir os interesses do povo. Acrescenta-se que a doutrina clássica o considera como supremo e indisponível.

Embora opostos, não se pode afirmar pela suficiência do interesse público secundário, visto que é preciso o interesse público primário para ser possível a concretização do interesse público secundário. Nesta linha, se um interesse for prevalente sobre o outro, sempre existirá conflito.

Desta forma, a relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público permite que a Fazenda Pública realize autocomposições com particulares, mediante a possiblidade de transação judicial entre a Fazenda Pública e o contribuinte.

Entendem Diana de Barros Lobo e Phelippe Pires de Oliveira (2018) que "[...] o primado de indisponibilidade do interesse público deve ser interpretado em vista de um interesse maior de efetividade da jurisdição, de estabilização das relações jurídicas e interesses gerais da sociedade".

Ainda, interpretando o princípio da supremacia do interesse público não significa dizer que os interesses estatais devem sempre prevalecer os dos administrados, mas sim que o interesse público,

definido a partir da ponderação, deve prevalecer em certa atividade concreta sobre interesses isolados – sejam particulares, sejam estatais.

Enaltecem Caio Pugliesi Tavares e Raimundo Luiz de Andrade (2019) que a relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser "[...] interpretado não como óbice ao implemento da transação tributária, mas sim como elemento principiológico que o autoriza".

Logo, a tendência de relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público, como demonstrado pelos autores acima, permitem que a Fazenda Pública realize autocomposições com particulares.

Inobstante não ter lei geral que regulamente especificadamente o instituto da transação, alguns Estados brasileiros já fazem seu uso, mediante determinação em lei estadual, como é o caso de Blumenau, Curitiba e Belo Horizonte, por exemplo.

3. A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO FORMA DE AUTOCOMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS

Desde primórdios, é possível identificar situações conflitantes em meio à sociedade. Antes, frente a um conflito, a autotutela era a forma de o solucionar. Todavia, com a evolução social e o aprimoramento do pensamento humano tem-se priorizado a solução de modo pacífico dos conflitos. Remetendo ao mundo jurídico, temos o litígio ou lide por alguns denominada, sendo esta instaurada quando há interesses opostos e uma pretensão resistida.

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) trouxe consigo uma nova cultura – a cultura da cooperação e da autocomposição, implementando novos meios de solução alternativa de conflito, como a conciliação, a mediação e arbitragem, contribuindo para a celeridade processual.

Não é incerto afirmar que o alto índice de processos sobre matéria tributária propostos tanto pelo fisco quanto pelo contribuinte assolam cada dia mais o Poder Judiciário.

A cobrança de créditos tributários inscritos em dívida ativa pela Fazenda Pública, mediante Execuções Fiscais, ocorre em âmbito federal, estadual e municipal. A judicialização tributária tem se tornado cada vez mais crescente. Embora, nos últimos anos, tem-se utilizado a forma de protesto extrajudicial para a cobrança do crédito tributário inscrito em dívida ativa, não há completa suficiência.

Com isso, novo meio de satisfação do crédito tributário judicializado e não judicializado tem sido colocada em prática. A seguir, será abordado sobre a celebração de transação tributária em execuções fiscais e os desafios superados.

3.1 A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA EM EXECUÇÕES FISCAIS

Em que se pese a Execução Fiscal, espécie de execução judicial, há de se destacar que se trata de um procedimento especial autônomo, descrito na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, a qual disciplina suas regras procedimentais, somente sendo autorizada a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Diante deste cenário, urge a necessidade de adoção de meios alternativos de autocomposição para desafogar o Poder Judiciário e combater a morosidade, preservando ainda a aplicabilidade dos princípios da duração razoável do processo, celeridade, eficiência e cooperação. Um modo é a adoção de meios alternativos de solução de conflitos do crédito tributário nas Execuções Fiscais.

Inobstante a afirmativa de que o crédito tributário é indisponível, por ser um interesse público secundário, não se pode perder de vista que a indisponibilidade do crédito tributário não se equivale à indisponibilidade processual. Tal assertiva é consubstanciada no Enunciado nº 60 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios.

Ainda, o enunciado nº 53 da Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal considera válida a transação tributária, a qual servirá para promover a solução consensual de litígios tributários

ou preveni-los, como sendo uma forma de garantir a efetividade e a recuperação de receitas.

> Enunciado nº 53 - Estimula-se a transação como alternativa válida do ponto de vista jurídico para tornar efetiva a justiça tributária, no âmbito administrativo e judicial, aprimorando a sistemática de prevenção e solução consensual dos conflitos tributários entre Administração Pública e administrados, ampliando, assim, a recuperação de receitas com maior brevidade e eficiência.

Diante disso, nos processos judiciais, em que a Fazenda Pública figura como parte, uma solução de extinção do crédito tributário seria a sua negociação, mediante o instituto da transação tributária, levando se em conta tanto o interesse fazendário quanto o interesse do contribuinte, para se vislumbrar a melhor solução.

É certo que, à luz do conceito civilista, o instituto da transação possui viés contratual e pode ser considerado como um negócio jurídico estabelecido entre partes, mediante concessões mútuas, visando extinguir obrigações, de modo a prevenir ou terminar litígios. Por sua vez, a transação tributária é uma possibilidade de extinção do crédito tributário, cujo objetivo principal é o encerramento do litígio.

A partir disso, nasce, de modo ainda muito tímido, a nova cultura de "acordos tributários", entre a Fazenda Pública e o contribuinte, com finalidade de solucionar litígios tributários e conferir celeridade e eficácia à máquina estatal.

Neste panorama, espera-se que a transação tributária seja implementada de modo amplo, visto que propicia benefícios tanto para a sociedade quanto para a Fazenda Pública.

4. A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA EM MEIO A PANDEMIA DA COVID-19

Ao lado da transação tributária em créditos judicializados, caminha a possibilidade de transacionar os créditos ainda não judicializados. Desta forma, medidas para que seja possível este tipo de transação vem sendo praticadas pelos entes federativos.

A pandemia da Covid-19 causou drástica interferência, negativa, na economia mundial. No Brasil, constatou-se o aumento da dívida pública, o aumento do desemprego, aumento da inflação e o encolhimento do produto interno bruto (PIB), dentre outras consequências severas à economia.

Neste panorama, práticas governamentais para diminuição da crise vêm sendo implementadas. A exemplo tem-se o lançamento de editais de transação tributária, a instituição de planos de regularização de créditos tributários, concessão de prazos maiores para pagamento e a possibilidade de parcelamentos, a seguir analisados.

4.1 A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA EM NÍVEL FEDERAL E ESTADUAL

Como forma de tentativa de recebimento do passivo tributário federal e, considerando o período atual de calamidade pública, que exige maior compreensão de nossos governantes, medidas para recebimento extrajudicial de créditos tributários foram formuladas.

Dentre elas, se destaca a transação tributária, criada pela Medida Provisória nº 889, de 16 de outubro de 2019, convertida na Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, por meio da abertura de editais de transação, com benefícios às pessoas físicas e jurídicas.

Com condições mais facilitadas de pagamento de créditos tributários de pequeno valor, já inscritos em dívida ativa, no ano de 2020 foi editada a Portaria nº 7.820, de 18 de março de 2020 pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, inaugurando o programa de transação tributária extraordinária.

Outros editais foram lançados em subsequência, com extensão a outros públicos, como produtores rurais e agricultores familiares e, extensivo a valores mais altos.

A fim de proporcionarem maior flexibilidade para pagamento, dando oportunidade aos contribuintes honrarem com os compromissos assumidos, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio da Portaria nº 21.562, de 30 de setembro de 2020, estendeu o prazo limite para pagamento até 29 de dezembro de 2020.

Como a pandemia da Covid-19 continuou no ano de 2021, novas medidas de enfrentamento foram estabelecidas. Uma delas foi a reativação dos editais de transação tributária regulamentados no ano anterior, por meio da Portaria 1.996, de 10 de fevereiro de 2021, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, postergando o prazo de adesão para até 30 de junho de 2021.

De modo igual, como medida de enfrentamento e forma de diminuição do passivo tributário estadual, o Governador do Estado de Minas Gerais, por meio da Lei nº 23.801, de 21 de maio de 2021, instituiu o Plano de Regularização e Incentivo para a Retomada da Atividade Econômica no Estado de Minas Gerais, nomeado "Recomeça Minas".

Neste plano estão previstas algumas medidas de incentivo fiscal para quitação de créditos tributários estaduais, como o ICMS e o ITCD, proporcionando aos contribuintes o pagamento em parcela única com desconto ou parcelado, com redução de penalidades e acréscimos legais.

Diante disso, atento ao persistente estado de calamidade pública, decorrente da pandemia da Covid-19, novas formas de transação tributária extrajudicial estão sendo dispostas pelo Poder Executivo, conferindo maior flexibilidade dos créditos tributários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade da realização da transação tributária, meio extintivo do crédito tributário, em execuções judiciais. Para isso, realizou-se uma pesquisa

bibliográfica para exposição sobre os conceitos introdutórios do Direito Tributário atinentes à matéria, à sistemática da Execução Fiscal e ao instituto da transação tributária.

Ainda, sinteticamente, destacam-se os princípios tributários e administrativos e a nova interpretação conferida pela doutrina moderna. Ao final, o estudo demonstra que é possível que o crédito tributário se torne disponível, diante de sua relativização, sendo objeto de meios alternativos de resolução de conflitos, mediante a transação tributária, com viés de extinguir o crédito tributário e consequentemente a obrigação tributária, contribuindo para a celeridade e eficácia de execuções judiciais.

A recepção da nova cultura de celebração de "acordos tributários" irá proporcionar maior abreviação do tempo para satisfação do crédito, maior arrecadação tributária e diminuição da litigiosidade, sendo, por isso, o tema abordado de extrema relevância.

Ao longo do estudo realizado constatou-se que o instituto da transação tributária pode e deve ser implementado para satisfazer o crédito tributário bem como solucionar litígios tributários judiciais. Isso se torna possível com a nova sistemática inaugurada pelo Código de Processo Civil, a qual reconhece como formas alternativas de solução de conflitos a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Ainda, a disponibilidade do crédito tributário não pode ser confundida com a indisponibilidade processual da Fazenda Pública. Com efeito, tem-se que a relativização do crédito tributário, defendida pela doutrina moderna, somente foi possível de se consolidar devido a nova interpretação conferida aos princípios tributários e aos princípios administrativos da indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público sobre o privado.

Desse modo, urge a necessidade de serem firmadas negociações, mediante a transação tributária, judicialmente, o que contribuirá para o desafogamento do Poder Judiciário e com a diminuição de litígios existentes na sociedade atual e, também, extrajudicialmente, conferindo maior flexibilidade nas negociações de créditos tributários entre o contribuinte e a Fazenda Pública.

Convém mencionar que a pandemia da Covid-19 originou um estado de calamidade pública em todo o País, sendo, desta forma, tais medidas de enfrentamento necessárias no momento atual, com a facilitação de pagamento pelo contribuinte e, lado outro, recebimento do passivo tributário pela Fazenda Pública, sob pena da economia do País sofrer grande colapso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. A transação tributária e o projeto de lei nº 082/2009. Revista Virtual da AGU. ano XI, n.115. ago. 2011. Acesso: em 08 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http:// http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2020. Disponível em: <http:// http:// http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1996. Disponível em: <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm >. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 set. 1980. Disponível

em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 23.801, de 21 de maio de 2021. Institui o Plano de Regularização e Incentivo para a Retomada da Atividade Econômica no Estado de Minas Gerais - Recomeça Minas e dá outras providências. Diário Oficial do Estado, Belo Horizonte, 22 mai. 2021. Disponível em: < http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/2021/l23801_2021.html>. Acesso em: 30 maio. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 14 abr. 2020. Disponível em: < https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.988-de-14-de-abril-de-2020-252343978>. Acesso em: 30 maio. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.082, de 2009. Dispõe sobre transação tributária, nas hipóteses que especifica, altera a legislação tributária e dá outras providências. Disponível em: <http:// www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B168900EC1192F54B98186CA8B53F763.node2?codteor=650258&filename=Avulso+PL+5082/2009 >. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Portaria nº 7.820, de 18 de março de 2020. Estabelece as condições para transação extraordinária na cobrança da dívida ativa da União, em função dos efeitos do coronavirus (COVID-19) na capacidade de geração de resultado dos devedores inscritos em DAU. Diário Oficial da União, Brasília, 18 mar. 2020. Disponível em: < https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-7.820-de-18-de-marco-de-2020-248644104>. Acesso em: 30 maio. 2021.

BRASIL. Portaria nº 21.562, de 30 de setembro de 2020. Institui o Programa de Retomada Fiscal no âmbito da cobrança da dívida ativa da União. Diário Oficial da União, Brasília, 01 out. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-21.562-de-30-de-setembro-de-2020-280525705>. Acesso em: 30 maio. 2021.

BRASIL. Portaria nº 1.696, de 10 de fevereiro de 2021. Estabelece as condições para transação por adesão para tributos federais vencidos no período de março a dezembro de 2020 e não pagos em razão dos impactos econômicos decorrentes da pandemia relacionada ao coronavírus (COVID-19). Diário Oficial da União, Brasília, 11 fev. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.696-de-10-de-fevereiro-de-2021-303444111>. Acesso em: 30 maio. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Nota Informativa. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/conjuntura-economica/estudos-economicos/2021/ni-transacao-tributaria-no-enfrentamento-da-pandemia.pdf. Acesso em: 10 abril. 2021.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. Coleção Sinopses para concursos. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

Jornada "Prevenção e solução extrajudicial de litígios" (22 e 23 de agosto de 2016 - Brasília - DF) - Realização Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em: 01 mai. 2020.

LOBO, D. de. B.; OLIVEIRA, P. P. de. Transação tributária: mito ou realidade. Disponível em: <http:// alfonsin.com.br/transao-tributria-mito-ou-realidade/>. Acesso em: 15 mar. 2020.

PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo – 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Marco Antônio. A fazenda pública no processo civil. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

TAVARES, C. P.; ANDRADE, R. L. de. A viabilidade do instituto da transação nas relações litigiosas tributárias à luz do código de processo civil de 2015 e da principiologia de direito público. Disponível em: <http:// ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/908/1/TCCCAIOTAVARES.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020.

VIEGAS. Cláudia Mara de Almeida Rabelo. O princípio da supremacia do interesse público: Uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-principio-da supremacia-do-interesse-publico-uma-visao-critica-da-sua-devida-conformacao-e-aplicacao/>. Acesso em: 15 mar. 2020.

A PROTEÇÃO DA GESTANTE NO AMBIENTE INSALUBRE E APLICAÇÃO DO ART. 394-A

Erick Ramos Cassim[38]

INTRODUÇÃO

A participação das mulheres no mercado de trabalho vem aumentando, significativamente, e para que essas mulheres possam conciliar o exercício da profissão com a maternidade, faz-se necessária a implementação de alguns mecanismos pelo Governo, a fim de garantir proteção à gestante e a lactante, proporcionando um ambiente de trabalho saudável e seguro ao nascituro.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a proteção da gestante no ambiente insalubre, bem como a aplicação do art. 394-A, da CLT e sua evolução histórica.

Busca-se, ainda, estudar a proteção da gestante no direito brasileiro, principalmente em relação trabalho em ambiente insalubre.

No primeiro capítulo, analisa-se a evolução histórica da proteção do trabalho da mulher no direito brasileiro, fazendo menção à primeira Constituição Brasileira, que veio assegurando direitos às mulheres e às gestantes no ambiente laboral.

E no segundo capítulo, estuda-se alguns princípios violados pela reforma trabalhista.

Já no terceiro capítulo, estuda-se a proteção da trabalhadora gestante. Por fim, no quarto capítulo, estuda-se a estabilidade provisória, seu conceito, bem como sua aplicação em relação à licença maternidade. Além disso, analisa-se o instituto da insalubridade, sua conceituação e como ela é aplicada em relação à gestante após a Reforma Trabalhista.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em referências bibliográficas.

38 Pós Graduando em Direito. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Faminas Muriaé. Advogado.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO BRASILEIRO

A mulher tem no mercado de trabalho um conjunto de transformações culturais e históricas. Desde o surgimento da humanidade as mulheres eram educadas com um perfil ideal, que remetia a ideia de satisfazer os homens, desenvolvendo suas atividades domésticas e atingindo o seu objetivo principal: casar e procriar (OST, 2009).

No século XIX, houve varias mudanças na organização do trabalho feminino, no período da Revolução industrial a mão de obra feminina foi transferida para as fabricas devido ao intenso crescimento das tecnologias e das maquinas, fazendo com que a mão de obra masculina desvalorizasse, pois a mão de obra feminina era mais barata.

No Brasil a primeira Constituição a assegurar os direitos das gestantes foi a de 1934, inspirada na constituição alemã de Weimar. Os direitos assegurados foram a assistência médica e sanitária, descanso (antes e depois do parto), sem prejuízo do emprego e salário. Sendo os direitos encontrados no Título lV "Da Ordem Econômica e Social", que não era inédito, pois já tinha sido consagrado no Decreto n°. 21.417-A de 1932.

Vale mencionar que o auxílio maternidade era pago pelas caixas criadas pela Instituição de Seguridade e, na falta desta, pelo empregador, que pagava o equivalente à metade dos últimos seis meses, garantindo-se o retorno à empregada.

Em 10 de novembro, o presidente Getúlio Vargas promulgou a Constituição de 1937, prevendo direitos aos trabalhadores, antes mesmo de serem reivindicados, assegurando para as trabalhadoras gestantes os mesmos direitos previstos na Constituição de 1934, se omitindo, no entanto, em relação ao direito à estabilidade provisória.

A Consolidação das Leis do Trabalho foi criada no Governo Vargas por meio do Decreto-lei n° 5.452, de 1° de maio, de 1943. Previa em seu art. 393 e §, que era responsabilidade do empregador pagar o salário

integral da trabalhadora durante a licença maternidade, conflitando, assim, com a Convenção n° 3 da qual o Brasil era signatário, sendo denunciada pelo Decreto n° 51.627 de 18 de Dezembro de 1962.

A Carta Magna de 1946 foi bastante inovadora, representando um avanço à liberdade individual do cidadão e à democracia. No entanto, não regulamentou o período de estabilidade que as trabalhadoras gestantes teriam direito. Assim, a Justiça do Trabalho que teve que sanar tal lacuna, prevendo a estabilidade de sessenta dias após o fim da licença maternidade.

A Carta Constitucional de 1967 e a Emenda Constitucional n° 1 não inovaram na proteção da maternidade, pois regulamentou os mesmos direitos que a constituição anterior.

Vale ressaltar que havia o entendimento de que nas hipóteses de parto antecipado, as mulheres desfrutariam da licença-maternidade apenas no período posterior ao nascimento do filho.

Em fevereiro, de 1967, o Decreto-lei n° 229 veio solucionando a controvérsia, acrescentando o §3° da CLT, assegurando à mulher o direito às doze semanas de repouso, independentemente do parto antecipado.

Com a Lei n° 6.136 de novembro, de 1974, ficou a cargo da Previdência Social a responsabilidade pelo pagamento do salário maternidade.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, conhecida como carta cidadã, foram assegurados os direitos e garantias individuais, bem como os direitos previdenciários e sociais.

A Carta Magna de 1988 aumentou de oitenta e quatro dias para cento e vinte a licença à maternidade, sem prejuízo do salário e do emprego, estendendo tais direitos à empregada doméstica, à empregada rural e à trabalhadora avulsa. Além disso, foi assegurado à gestante a estabilidade desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, prevendo também a licença paternidade de cinco dias.

3. DOS PRINCÍPIOS VIOLADOS PELA REFORMA TRABALHISTA

3.1 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Esse princípio tem grande relevância, pois garante condições básicas de trabalho, protegendo a dignidade da pessoa humana e auxiliando o princípio de proteção, além de aprimorar as leis nacionais e internacionais que visam aumentar a proteção dos trabalhadores.

Assim, parece que o presente princípio tem o objetivo de preservar os direitos sociais fundamentais. Sua aplicação está relacionada ao fato de que os direitos trabalhistas são conquistas alcançadas através da luta social.

Portanto, é necessário preservar e proteger esses avanços para que as posições políticas e econômicas não tornem esse progresso mais flexível, uma vez que todas as atualizações ou modificações feitas no sistema jurídico devem respeitar o conteúdo protecionista do Direito do Trabalho.

Verifica-se que o princípio da proibição da regressão social declara uma progressão dos direitos humanos, o que permite a implementação do princípio da progressividade social. Como resultado, permanece claro e evidente que a Reforma Trabalhista violou esses princípios orientadores relevantes do ramo jus laboral, uma vez que as alterações feitas pela Lei 13.467 / 2017 deveriam ter respeitado o conteúdo protecionista da Lei do Trabalho, uma vez que conquistas que fortalecem a afirmação do princípio da proteção não podem ser excluídas nem esquecidas.

3.2 PRINCÍPIO DO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça, também denominado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação, é um direito fundamental à cidadania, previsto no artigo 5°, XXXV da Constituição Federal de 1988 e na Convenção. Comissão Interamericana de Direitos Humanos de San Jose Costa Rica. Por meio

dele, todos têm o direito de postar judicialmente remédios preventivos ou corretivos por um direito. Porém, contrariamente aos movimentos democráticos que consolidaram essa garantia, a Reforma Trabalhista impõe restrições à gratuidade judicial, mesmo para aqueles que demonstram recursos insuficientes na Justiça do Trabalho. Por exemplo, o artigo 790-B da CLT, conforme alterado pela Lei 13.467 / 2017, que trata das taxas devidas pelo reclamante pobre no sentido jurídico do termo, ao especialista.

O legislador foi confrontou um princípio constitucional de importância significativa e, pior, com o objetivo declarado de reduzir as demandas na Justiça do Trabalho. No entanto, o que deve justificar a redução de processos é a melhoria das condições de trabalho, o cumprimento de prazos e pagamentos e não a restrição dos trabalhadores na busca por seus direitos.

3.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Também conhecido como princípio tutelar, ele influencia todos os segmentos do direito do trabalho, da perspectiva desse ramo quando ele é construído, desenvolvido e agido como um direito. De fato, há predominância generalizada nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetoras, protegendo a vontade e os interesses do empregado; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são feitas tendo em vista a obtenção da mesma vantagem legal retificativa que a diferenciação social. De fato, pode-se afirmar que, sem a ideia de retificação protetora, o Direito Individual do Trabalho não seria justificado histórica e cientificamente.

Um dos pontos centrais da Lei 13.467 / 2017 (BRASIL, 2018c) é permitir que a empresa e os funcionários negociem determinadas situações, que anteriormente dependiam da participação do sindicato, livremente, como a possibilidade de implantar bancos de tempo e estabelecer doze por trinta e seis horas, institutos respectivamente previstos nos artigos 59, § 5 e 59-Ada CLT, conforme alterada pela Lei 13.467 / 2017. Note-se que a jornada de doze e trinta e seis horas

pode ser definida por um simples acordo entre o trabalhador e o empregador, mesmo que a atividade seja prejudicial ou perigosa. No entanto, questiona-se se, de fato, o trabalhador poderá negociar com o empregador, mesmo que seja uma parte hipossuficiente da relação de trabalho, ou se essas condições serão impostas pela empresa e aceitas pelo trabalhador.

A quebra da garantia constitucional referente à limitação da jornada de trabalho e à redução dos riscos inerentes ao trabalho fica evidente, uma vez que a Magna Carta prevê expressamente que a duração do trabalho é de oito horas por dia e quarenta e quatro horas por semana, exceto na redução e compensação do horário de trabalho, quando negociadas por acordo coletivo ou acordo coletivo de trabalho. Nesse contexto, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e a Associação Nacional dos Promotores do Trabalho emitiram uma nota técnica alegando que o artigo 59-A da CLT, conforme alterado pela Lei 13.467 / 2017 é inconstitucional, porque a jornada de doze a trinta e seis horas não pode ser estabelecida por simples acordo entre empregado e empregador.

Percebe-se que o principal objetivo do artigo mencionado é tornar as condições dos trabalhadores mais flexíveis e precárias, violando o princípio da proteção, uma vez que permanece claro e claro que a desigualdade entre trabalhador e empregador aumentou. Além disso, a Lei que instituiu a Reforma Trabalhista, desde que, no exame de acordo coletivo ou acordo coletivo de trabalho, a Corte do Trabalho se limite a analisar exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais dos negócios jurídicos (de existência e validade), delimitando sua ação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. Nesse momento, a Reforma Trabalhista restringiu a liberdade de ação do judiciário, que se limitará à análise da legalidade dos negócios jurídicos, sem a possibilidade de intervir na negociação das partes, mesmo havendo algum tipo de injustiça.

Analisando o dispositivo mencionado acima, verifica-se que a retirada de gestantes é permitida apenas nos casos de não saudáveis ao máximo. Em casos de insalubridade em grau mínimo e médio, a

remoção depende de uma recomendação médica, ou seja, a remoção da funcionária grávida só ocorrerá quando ela apresentar ao empregador um certificado médico de saúde recomendando sua remoção. Outra hipótese em que a remoção é permitida, independentemente do grau de insalubridade, ocorre no momento em que o trabalhador certifica que a remoção é recomendada durante o período de amamentação. Deve-se mencionar que o trabalhador terá sua remuneração garantida, incluindo o adicional de insalubridade, em todas as possibilidades de licença permitidas por lei.

A Associação Nacional de Promotores do Trabalho emitiu uma nota técnica declarando que os direitos do nascituro e a proteção humana estão comprometidos pelo artigo 394-A, pois o ideal seria que, independentemente do grau de risco, a trabalhadora garantisse a remoção de toda e qualquer função prejudicial. Também esclarece que o princípio de proteção para crianças e adolescentes é garantido e fornece uma garantia legal ampla e irrestrita ao feto. Assim, o trabalho das gestantes em condições insalubres deve ser evitado, com o objetivo de evitar danos à saúde da criança durante a gravidez.

Portanto, é correto afirmar que as premissas constitucionais que garantem a proteção da vida, mesmo no estágio intrauterino, foram violadas pelo conteúdo legislativo da Reforma Trabalhista, que também solapou os seguintes princípios defendidos pela Constituição: princípio da dignidade da pessoa humana - artigo 1, III, do CF; princípio do valor social do trabalho - Artigo 1, IV, do CF; entre outros (BRASIL, 1988).

Por fim, menciona-se que a Constituição Federal estabelece que os acordos coletivos e os coletivos têm força de lei. Assim, a negociação coletiva melhora e melhora as condições de contratação e gestão do trabalho, desempenhando um papel fundamental. Em direito do trabalho. No entanto, só pode ser aceito quando apresentar condições mais favoráveis que a legislação, uma vez que o artigo 7 da Constituição Federal visa garantir as melhores condições sociais para os trabalhadores através do princípio da proteção. Nesse contexto, a Reforma Trabalhista concorda com o princípio da intervenção mínima

antes da autonomia da vontade coletiva, mas contradiz novamente a provisão constitucional ao proporcionar a prevalência de negociações sobre o legislado.

4. DA PROTEÇÃO DA GESTANTE NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 A PROTEÇÃO À MULHER GESTANTE

Vem aumentando, significativamente, a participação das mulheres no mercado de trabalho apesar das desigualdades visíveis, sendo que em alguns casos a mulher que leva a renda principal no orçamento familiar. No entanto o numero de filhos está relacionado de maneira negativa na participação da mulher, fazendo com que muitas mulheres adiem ou deixem de lado a maternidade. Uma vez que isso afeta o ingresso e a permanência das mesmas no mercado de trabalho (PEREIRA, 2017).

Para que as mulheres possam conciliar o exercício da profissão com a maternidade, faz-se necessário que o governo, bem como a sociedade adotem mecanismos para garantir a proteção em relação a este assunto, propiciando à gestante e a lactante um ambiente de trabalho saudável e seguro ao nascituro (PEREIRA, 2017).

O artigo 6, da Constituição Federal de 1988 insere no rol dos direitos fundamentais a proteção à maternidade. Encontra-se no mesmo rol o direito à saúde, que deve ser garantido ao ser concebido para que ele tenha a oportunidade de nascer saudável.

Dessa forma, combinada com alguns outros dispositivos legais, a Constituição confirma a propositura de que a maternidade merece um tratamento especial.

De acordo com Paulo Bonavides (2005), os direitos da segunda geração exigem do Estado determinadas prestações materiais, sendo assim é seu dever zelar pela saúde de todos, visando à diminuição dos riscos de doenças ou outros tipos de agravos. Sendo imperioso tal cuidado, principalmente, no período de gestação, uma vez que é o momento de desenvolvimento do nascituro.

Portanto, "a vida é o principal direito do ser humano, cabendo ao Estado preservá-lo desde a sua concepção, sendo que nenhum interesse estatal pode superá-lo" (CHAVES, 2000, p. 57).

A forma de garantir tal direito concretiza-se na proteção à maternidade, assegurando à empregada gestante estabilidade no emprego, salário e a própria licença-maternidade. No entanto, tal proteção não tem por objetivo conceder privilégios às empregadas, mas sim, garantir desenvolvimento sadio do nascituro.

Os direitos relativos à trabalhadora gestante devem ser observados sob o aspecto das normas que tem por objetivo resguardar a saúde da mulher, e em consequência o feto, para que faça o acompanhamento adequado, a fim de proporcionar saúde e bem-estar à mulher e ao nascituro, nas fases de gestação e amamentação, através de garantias de trabalho compatíveis com o período em que se está passando.

Desta forma, no capitulo que trata do trabalho da mulher na CLT, especialmente parte que se refere à proteção da mulher, foram alterados alguns dispositivos através da Lei 13.287/2016, dentre eles a vedação de gestantes e lactantes de laborar em atividades, operações ou locais insalubres.

5. DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA E INSALUBRIDADE

Estabilidade é um benefício jurídico, que tem o empregado devido a uma circunstância contratual ou pessoal.

Já a estabilidade provisória, que é o principal foco deste trabalho, é uma estabilidade pessoal, pois o empregado encontra-se em uma condição especial que lhe assegura a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador.

A diferença da estabilidade para a estabilidade provisória é o lapso temporal, pois enquanto na estabilidade o lapso temporal é indefinido, na estabilidade provisória, o lapso é definido.

Existem 3 tipos de estabilidade temporária referida na Constituição Federal de 1988, quais sejam Imunidade Sindical,

Dirigente da CIPA e Empregada Gestante, que é o objeto de estudo deste trabalho.

Por fim, à luz do artigo 10, ll "b" da ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) da CF/88, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante.

5.1 ESTABILIDADE DA GESTANTE NO EMPREGO

"É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, " conforme prediz o art. 10, ll, "b" da ADCT.

Faz-se importante mencionar que doutrina e jurisprudência adotam a Teoria Objetiva, ou seja, basta a confirmação da gravidez pela própria gestante, independentemente do empregador saber ou não.

A garantia de emprego da gestante é entendida pela teoria objetiva que independe da comprovação perante o empregador, bastando somente sua confirmação.

O empregador fica proibido de dispensar a empregada grávida arbitrariamente, ou seja, sem justa causa até 5 (cinco) meses após o parto, como enfatizado anteriormente, independente da forma como teve conhecimento da gravidez.

A licença maternidade busca proteger a mulher e garantir sua a volta ao emprego, tendo, portanto natureza previdenciária.

A reintegração só será efetivada se for dentro do prazo de estabilidade, que é desde a confirmação até 5 (cinco) meses após o parto. Após esse período, só será cabível indenização.

O Brasil teve grandes e significativas mudanças trabalhistas, com a publicação da Constituição Federal de 1988.

A estabilidade à gestante contratada por prazo determinado não era reconhecida pela jurisprudência, pois segundo o TST (Tribunal Superior do Trabalho) não havia dispensa no contrato a termo.

E, felizmente, as mudanças ocorridas no âmbito do Direito do Trabalho, no que tange à Proteção da Maternidade e ao trabalho da mulher, não param por aqui.

5.2 DA INSALUBRIDADE

Atividade insalubre é todo trabalho que por sua natureza expõe os trabalhadores a agentes nocivos à saúde, acima dos limites toleráveis em razão do tempo de exposição e da intensidade do agente nocivo.

Na Reforma Trabalhista (Lei 13.467) sancionada pelo Presidente da República, no dia 14 de julho de 2017, a insalubridade foi alvo de grande discussão, trazendo alterações no artigo 394-A da CLT, que visa proteção às grávidas e lactantes, com melhoras em relação ao trabalho das gravidas em locais insalubres, mas se omitindo em relação às lactantes.

Com a Reforma Trabalhista, as trabalhadoras gestantes ficam impedidas de trabalhar em locais insalubres de grau máximo (40%), enquanto nas insalubridades de grau médio (20%) e mínimo (10%) só haverá afastamento se tiver um atestado médico que recomende a necessidade do afastamento, assinado pelo médico de confiança da gestante.

Segundo Raimundo Simão de Mello, o trabalho em locais insalubres, não provoca somente nas empregadas problemas de saúde e físico, mas também aos feto (gestante) e aos recém-nascidos (lactantes), ou seja, a Reforma Trabalhista aterroriza as trabalhadoras, pois retrocede, vislumbrando o ser humano meramente como força de trabalho e não mais como um ser detentor de direitos e deveres até então conquistados.

Desta forma, o art. 394-A, da CLT perdeu o seu sentido com essa nova redação, pois em sua redação anterior protegia-se a gestante e a lactante, consequentemente o feto e a criança que estava sendo amamentada, proibindo-se, assim, que a empregada trabalhasse em ambiente insalubre. Já com a redação atual, a trabalhadora terá que

continuar no trabalho insalubre para continuar recebendo o adicional, uma vez que por ser essa uma verba salarial, só é devida a quem está exposta à insalubridade. Assim, a gestante estará renunciando, não apenas, à sua saúde, como também a do seu filho.

Assim, com a redação do artigo 394-A, haveria inúmeros problemas de saúde, não só para a trabalhadora gestante, como também para a futura geração, ou seja, para os recém-nascidos. Para legislar sobre o tema tem que ter cautela, pois os reflexos futuros podem ser grandes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o passar do tempo, notadamente no âmbito do Direito do trabalho, houve grande avanço no direito da mulher, sendo agregadas ao ordenamento jurídico brasileiro, novas normas de proteção às mulheres.

O presente trabalho abordou objetivamente a evolução histórica e a proteção da mulher no ambiente de trabalho, enfatizando alguns dos direitos conquistados, como licença maternidade, estabilidade provisória, insalubridade, abordando o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do art. 394-A, da CLT após a Reforma Trabalhista.

A Constituição de 1934, no governo de Getúlio Vargas, foi a Constituição que tratou pela primeira vez do tema maternidade.

Faz-se importante mencionar que o preconceito e a discriminação imperavam no trabalho da mulher, que com muita luta conseguiu conciliar o direito de ser trabalhadora e mãe.

A Constituição Cidadã de 1988 trouxe significativas mudanças a benefício do trabalhador e com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana alterou a visão sobre o trabalho da mulher trazendo mais proteção.

O presente trabalho demonstrou-se, assim, que a legislação brasileira busca conceder um tratamento igualitário aos trabalhadores, independentemente de serem homens ou mulheres.

Vale lembrar a concessão de licença maternidade pela Justiça a um casal de homossexuais, justificando tal fato no fundamento de que o benefício da licença maternidade é principalmente para o nascituro, que precisa estar na presença da mãe, nesta fase tão importante da vida.

A proteção à maternidade garante que a trabalhadora não seja prejudicada profissionalmente, garantindo-se, assim, o seu retorno às atividades, depois de decorridos 120 dias da licença, bem como garantido o direito do nascituro de ter sua mãe presente nos seus primeiros dias de vida.

Além da licença maternidade, a Constituição de 1988 trouxe a estabilidade provisória da gestante, que impede a sua dispensa de forma arbitrária ou sem justa causa pelo empregador.

Em relação à estabilidade da gestante, esta se inicia com a concepção e termina cinco meses após o parto, permitindo-se, desta forma, que a mãe se recupere do parto e tenha condições de cuidar do seu filho.

A licença maternidade se diferencia da estabilidade, pois esta é a garantia de que, durante determinado prazo, a empregada não poderá ser dispensada do emprego, enquanto aquela determina o prazo que a mulher permanecerá em casa para se recuperar e cuidar do filho.

Sendo a responsabilidade objetiva do empregador em relação à situação da gravidez, pouco importa seu conhecimento, bastando a confirmação da grávida acerca da gravidez. E como é pacífico o entendimento de que o salário maternidade é benefício previdenciário, este não será pago pelo empregador, mas sim pela Previdência.

Vale dizer que como a estabilidade no emprego está diretamente vinculada à proteção do nascituro, exclui-se do benefício a mulher que provocar aborto criminoso, podendo o contrato de trabalho ser suspenso. No entanto, se o aborto não for provocado e nem criminoso, o afastamento é considerado interrupção do trabalho, sendo o salário maternidade pago pela Previdência.

Em relação à insalubridade, a Reforma Trabalhista trouxe um retrocesso social, além de uma inconstitucionalidade de parte do texto

do art. 394-A, da CLT, indo de encontro com a Dignidade da Pessoa Humana e com a Proteção Social Fundamental.

No presente trabalho, observou-se um retrocesso da lei, pois além de expor a gestante em ambiente insalubre, passou a responsabilidade para o médico, pois ele que deverá atestar se a gestante pode ou não ser afastada de suas atividades.

Devido a esse retrocesso, que feriu o direito da mulher e de seu nascituro, houve muito questionamento acerca da Reforma trabalhista, a qual sofreu uma ação de inconstitucionalidade sobre seu art. 394-A.

Assim, o STF, em maio de 2019, julgou procedente a ação, por maioria dos votos decretando que a expressão da norma que exigia a apresentação do atestado de saúde, por médico de confiança da mulher, para o afastamento da gestante ou lactante, é inconstitucional.

Por fim, conclui-se que o ambiente laboral insalubre é uma preocupação social, tendo em vista que o bem jurídico é a saúde, sendo impossível se mensurar um valor capaz de compensar tamanho prejuízo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL, Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em 10 de jul. de 2019.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 03.ago.2019.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 de jun. de 2019.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em 10 de jul. de 2019.

BRASIL, TRT-2 - RECORD: 618200420102003 SP 00618-2004-201-02-00-3, Relator: VALDIR FLORINDO, Data de Julgamento: 22/11/2005, 6ª TURMA, Data de Publicação: 13/12/2005.

BRASIL, TST – Súmula nº 228. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_50.html> Acesso em 20 de ago.2019.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. A tutela jurídica do nascituro. São Paulo: LTR, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017.

GARCIA, G.F.B. Manual do direito do trabalho. Aborto não criminoso. São Paulo: Método, 2009.

IBDFAM. Justiça reconhece direitos de adoção e licença maternidade para casais homoafetivos Disponível em: <http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/100231513/justica-reconhece-direitos-deadocao-e-licenca-maternidade-para-casais-homoafetivos>Acesso em 19 ago. 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 34. ed. Cidade: Saraiva Jur, 2018.

MELLO, Raimundo Simão de. Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma>. Acesso em: 17 ago. 2019.

PEREIRA, Maria da Conceição Maia. VISÃO CRÍTICA DO ARTIGO 394-A DA CLT: Proibição do trabalho da gestante ou lactante em ambiente insalubre. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – FUMEC, Faculdade De Ciências Humanas, Sociais e Da Saúde, Belo Horizonte.

CUIDADOS PALIATIVOS, ORTOTANÁSIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)

Aline Ferreira Souto[39]
Paulo Roberto Bastos Fontinha[40]

INTRODUÇÃO

O ser humano é marcado pela finitude, pela destrutividade e ainda, pela fragilidade de sua existência. Por mais que haja o desejo de prolongar a vida, sabe-se que esta ação só será possível até certo ponto, uma vez que a imortalidade não pertence à espécie humana. Atualmente, em decorrência da pandemia pela COVID-19, têm-se observado que não só os pacientes infectados tiveram suas saúdes prejudicadas, mas os portadores de doenças crônicas também foram lesados, devido muitas vezes ao medo de procurar assistência médica e se contaminar ou às dificuldades impostas pelas políticas de distanciamento social. Nesse contexto, observou-se que pacientes acometidos por doenças oncológicas passaram a ser acolhidos pelo sistema de saúde com sua doença em estágios mais graves e muitas vezes irreversíveis. Dessa forma, os cuidados paliativos, prática já presente na conduta de pacientes terminais, adquiriu ainda mais importância no contexto pandêmico, visto que a demanda de pacientes necessitando deste tipo de abordagem aumentou.

O presente estudo possui como principal objetivo, apresentar reflexões a respeito da importância dos cuidados paliativos e sua ligação com os Direitos Humanos, tema que adquiriu ainda mais importância no contexto da pandemia pela COVID-19. A partir daí surgem questionamentos acerca de quais seriam os limites à intervenção de profissionais da saúde, sobretudo, dos médicos em situações envolvendo pacientes terminais? Há a possibilidade de uma

39 Mestra em Direito;
40 Acadêmico de Medicina – Universidade Federal Fluminense (UFF).

morte digna? O que viria a se enquadrar como "morte digna"? A análise da Bioética será feita à luz dos dispositivos presentes no ordenamento jurídico brasileiro e ainda na Legislação Internacional sobre Direitos Humanos abordando os aspectos da Ética Médica.

2. BIOÉTICA E CUIDADOS PALIATIVOS

A pandemia causada pelo novo coronavírus acarretou diversas consequências diretas e indiretas no que diz respeito ao acesso da população ao sistema de saúde da população. Além dos indivíduos acometidos pela COVID-19, pode-se afirmar que o cenário atual acarretou prejuízos para a saúde de diversos pacientes, destacando-se neste artigo os pacientes oncológicos e com doenças terminais. Em uma revisão sistemática publicada em 2021, Riera et al. destaca que até 77,5% dos pacientes que participaram da pesquisa relataram que tiveram o seu tratamento oncológico interrompido em algum estágio. Além disso, outros estudos incluídos nesta revisão relataram atraso, reagendamento ou cancelamento de consultas ambulatoriais. Devido à gravidade desta patologia, este prejuízo no funcionamento dos serviços de atenção a pacientes com neoplasias malignas pode levar a consequências devastadoras, fazendo com que muitos destes pacientes evoluam para estágios irreversíveis da doença.

No contexto de pacientes graves, inúmeros avanços na área da medicina juntamente com a tecnologia vêm proporcionando tanto uma melhor qualidade de vida às pessoas, como a cura de diversas doenças. No entanto, o uso desenfreado de tais tecnologias, a fim de proporcionar um prolongamento da vida, tem preocupado estudiosos sobre o assunto, que temem haver um sofrimento desumano dos pacientes no intuito de adiar a morte, vindo assim a desrespeitar o princípio da dignidade de pessoa humana no momento do fim da vida.

Os cuidados paliativos integram um conjunto de medidas empregadas pelos profissionais da saúde aos pacientes em estágio terminal, visando garantir a eles uma morte digna, ou seja, baseada no respeito às suas crenças e valores, tendo uma medicina de base

humanista. A medicina paliativa abrange não apenas uma, mas todas as áreas do ser humano, preocupando-se com seu bem-estar físico, social, psíquico e espiritual. A morte é, portanto, um processo natural e inevitável, que carece de cuidados especiais. Tais cuidados fazem-se presentes através dos cuidados paliativos através da atuação dos profissionais da saúde, visando proporcionar ao paciente em estágio terminal, uma morte natural, ou seja, no seu devido tempo, sem adiantá-la ou retardá-la (LIMA, 2015).

Os cuidados paliativos são destinados àqueles pacientes que não possuem expectativa de cura, possuindo o intuito de amenizar os sintomas mais desconfortáveis, promovendo assim uma morte digna ao paciente. Segundo a ANCP (2009), o principal sintoma destacado pela maioria dos pacientes é a dor, mas este não é o único, eles destacam ainda sintomas respiratórios, orais, gastrointestinais e cutâneos, por exemplo. Tais sintomas podem gerar grande incômodo e desconforto ao paciente, fazendo com que se tornem alvos dos cuidados paliativos, buscando proporcionar conforto no final de sua vida.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), através de conceito definido no ano de 1990 e devidamente atualizado em 2002, define cuidados paliativos como:

> Cuidados Paliativos consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, por meio de identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais (OMS, 2002).

Lima (2015) explica que a medicina paliativa se expandiu a partir dos questionamentos desenvolvidos pela Bioética. A Bioética consiste em um ramo da ética que se preocupa em debater questões hodiernas

que tem relação com os avanços da tecnologia, das ciências médicas e biológicas que possuem relação com a saúde e vida humana.

Assim, busca-se encontrar princípios éticos contemporâneos capazes de estabelecer medidas para a fruição para uma vida digna e com qualidade (LOPES, LIMA, SANTORO, 2014).

Os princípios fundamentais da Bioética encontram-se previstos na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada no ano de 2005, pela 33ª Sessão da Conferência Geral da Unesco. A Bioética possui como fundamento, o respeito à dignidade da pessoa humana e rege-se pelos princípios da autonomia, da beneficência, da não maleficência, e da justiça.

Carvalho (2001) dispõe que em contraposição ao princípio da qualidade de vida, há o da sacralidade da vida, o qual possui fundamento nas religiões judaica e cristã. Com base na inviolabilidade absoluta da vida humana, tem-se a vida como o bem mais precioso do homem e por isso merece total proteção, não devendo se condicionar tal proteção a interesses subjetivos. Com base neste princípio, os médicos devem se utilizar de todos os meios disponíveis para a manutenção da vida humana. O que de certa forma pode vir a influenciar a tomada de decisões médicas apropriadas e equilibradas.

O novo Código de Ética Médica vem reforçar o caráter antiético da distanásia, a qual é entendida como um prolongamento artificial do processo de morte, gerando com isso um sofrimento maior ao paciente sem qualquer perspectiva de melhora em seu quadro clínico. O novo Código de Ética dá destaque aos cuidados paliativos em seu capítulo I, inciso XXII que vem a compor seu rol de Princípios Fundamentais. Segundo o mencionado artigo: "nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados" (CFM, 2019).

O artigo 41 do mesmo dispositivo legal ao cuidar das relações médico-paciente e familiares, estabelece que é vedado ao médico:

> Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
> Parágrafo Único: Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (CFM, 2009).

É possível perceber, portanto, a importância dos cuidados paliativos na vida do paciente em estado terminal ou portador de doença incurável. Os profissionais de saúde (médico, enfermeiro, fisioterapeuta, psicólogo, técnico de enfermagem, dentre outros) são fundamentais nessa fase do fim da vida do indivíduo, pois buscam diminuir seu sofrimento, garantindo dignidade ao paciente em seus últimos dias de vida.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA DE VONTADE

Com o advento da atual Constituição Federal de 88, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana ganhou status de fundamento da república. O artigo 1º, inciso III dispõe expressamente que:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Vale destacar que tal princípio nem sempre foi reconhecido pelos ordenamentos jurídicos. Como visto acima, este princípio encontra-se positivado na atual Constituição brasileira. Em 1948, foi consagrada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabeleceu em seu preâmbulo o reconhecimento da dignidade da pessoa humana a todos

como fundamento da liberdade, paz e justiça no mundo (DIURZA; PONTAROLLI, 2017).

O mencionado princípio, além de natureza regulamentadora, possui ainda pontos ético-valorativos em sua estrutura. Barroso (2003, p.37) destaca que "o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo". Assim, a dignidade é uma valoração inerente à condição humana.

Na visão de Moraes (2006), é possível caracterizar a dignidade como um valor tanto moral, quanto espiritual, o qual é característico da pessoa humana e se manifesta, sobretudo, na autonomia e liberdade consciente de sua vida. Isso possibilita ao indivíduo o alcance do respeito das demais pessoas e ainda torna possível o alcance de uma proteção mínima que se encontra resguardada pelo Estatuto Jurídico.

A dignidade da pessoa humana sempre existiu, não foi algo criado pelo direito. Segundo Diurza e Pontarolli (2017), o que aconteceu foi apenas seu reconhecimento de forma positivada, forçando ao Estado o dever de protegê-la, de forma a limitar a atuação do poder Estatal.

Na perspectiva de Luís Barroso (2000, p. 296):

> dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana.

De acordo com Sarmento (2000), o Estado deve promover a dignidade da pessoa humana através de condutas ativas que garantam o mínimo necessário à existência humana e ainda, impedir a prática de atos atentatórios a este princípio. Concordando com Barroso, Sarmento (2000) diz que não é apenas sendo privado de suas liberdades que o ser humano tem sua dignidade violentada, mas também quando

sofre limitações a direitos como alimentação, saúde, moradia, educação, dentre outros.

A dignidade da pessoa humana, da mesma forma como o direito à vida, possui íntima ligação com os cuidados paliativos, uma vez que esta prática tem como finalidade proporcionar uma morte digna ao indivíduo, podendo ser responsável por amenizar seu sofrimento ao fim da vida.

Além do princípio da dignidade, outro princípio que merece destaque por possuir relação com a boa morte, é o princípio da autonomia. Segundo Penalva (2009), a autonomia de vontade deriva dos direitos negativos, direitos de abstenção estatal na vida privada do indivíduo. Tal princípio parte da suposição de que todas as pessoas possuem condições de responderem por si mesmas.

A autonomia de vontade do paciente, desde sempre foi considerada uma forma de liberdade a qual possibilita a disposição de seu próprio corpo e vida. No entanto, foi apenas a partir do século XX com o Código de Nuremberg que tal autonomia, juntamente com a necessidade do consentimento informado para a realização de procedimentos no corpo do paciente passou a ser regulamentada normativamente (BATISTA; SCHRAMM, 2004).

A necessidade do consentimento informado seja para a realização de procedimentos em seu corpo, ou ainda para a realização de pesquisas, é uma demonstração de respeito ao princípio da autonomia, o qual se relaciona com a liberdade de pensamento, de manifestação, culto, atividade intelectual, locomoção, dentre outras.

4. A ORTOTANÁSIA E A MORTE DIGNA

O termo ortotanásia diz respeito à morte natural e em seu devido tempo. Atualmente, há uma importante discussão no âmbito dos Direitos Humanos e da Bioética a respeito da legalidade e eticidade desta forma de morrer. De acordo com Santoro, (2010,p. 133), a ortotanásia é "o comportamento do médico que, frente a uma morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos para

prolongar a vida do paciente, que o levariam a um tratamento inútil e um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade".

De acordo com o autor, esta é uma decisão que deve ser consentida e tomada em conjunto com o paciente ou com seus familiares quando este último estiver impossibilitado.

O conceito da ortotanásia torna-se importante em situações em que a morte se apresenta como iminente e inevitável em decorrência de alguma condição patológica que não possua cura. Diante disso, questiona-se qual deve ser a postura do médico responsável pelo caso. Para a medicina paliativa, este deve direcionar os seus esforços para o cuidado do paciente, tendo o dever ético de ampará-lo. O ethos é proteger, cuidar e aliviar o sofrimento e a dor em um momento que geralmente é marcado por sentimentos como desconforto, angústia, incertezas e agonia. Entretanto, para tal é necessário que haja uma aceitação da morte como um processo natural e inevitável, para que, assim, possa ser possível aliviar as dores desse processo.

Quando isto ocorre, a ortotanásia representa a humanização e o respeito à dignidade da morte. Uma vez que todo processo de vida deva ser baseado no respeito à dignidade da pessoa humana, os cuidados nos momentos que antecedem a morte também devem ser baseados nesse princípio. Dessa forma, a ação da equipe de saúde na ortotanásia visa possibilitar aos pacientes uma boa morte, em seu devido tempo, respeitando os seus valores e conferindo o máximo de cuidado médico e familiar a este indivíduo (LOPES, LIMA, SANTORO, 2014).

De acordo com Diniz (2007), uma boa morte seria "aquela resultante de uma combinação de princípios morais, religiosos e terapêuticos. Não basta uma boa medicina para garantir a boa morte, é preciso um cuidado respeitoso com as crenças e valores que definem o sentido da vida e da existência para que se garanta a experiência de uma boa morte para a pessoa doente".

É importante que uma vida digna seja garantida em todos os momentos da existência humana, inclusive durante a morte. Assim, durante esse processo é importante que haja o máximo cuidado por

meio dos cuidados paliativos e também deve-se respeitar as crenças e os valores de cada indivíduo para que, assim, possa ser oferecido a cada paciente o melhor fim de vida possível.

5. PONTO DE VISTA LEGAL ACERCA DA ORTOTANÁSIA

A atual Constituição Federal tem presente em seu rol de direitos e garantias fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana e com este mantém íntima relação, visto que tal princípio está ligado a todos os direitos que uma pessoa possui e isso se deve a sua universalidade (SILVA; MARTINS, 2006).

No que diz respeito à ortotanásia, Segatto e Especiato (2014) dizem que existe um conflito entre a vida e a liberdade de decisão a respeito do próprio corpo. E a melhor maneira de solucionar os conflitos existentes entre direitos fundamentais é por intermédio de um juízo de ponderação.

Sarmento (2006, p. 74) leciona que:

> A dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.

Em uma visão geral acerca do disposto pelos direitos fundamentais, seria possível dizer que tais direitos são irrenunciáveis, ou seja, no caso em tela, não seria possível ao indivíduo abrir mão de sua vida. No que diz respeito à ortotanásia, não há que se falar em abdicação da vida, mas sim em buscar viver de forma digna, seja por meio de uma escolha com tratamento ou sem ele (nos casos de pacientes terminais) (SIRONI; TISOTT, 2014).

O artigo 2º da resolução nº 1.805/2006 define que o paciente deve continuar recebendo acompanhamento da equipe de saúde multidisciplinar e os cuidados necessários para aliviar o sofrimento causado pela patologia que o acomete. Dessa forma, será fornecida assistência integral ao paciente, de forma a proporcionar maior conforto físico, psíquico, social e espiritual. Além disso, fica garantido o direito à alta da internação conforme o desejo do paciente.

Em 2007, uma Ação Civil Pública foi interposta pelo Ministério Público Federal tendo como alvo tal resolução, com o intuito de avaliar a sua inconstitucionalidade e, consequentemente, suspendê-la. À época, acatou-se a suspensão fundamentando-se no fato de haver conflito entre a presente Resolução e o Código Penal, acarretando, inclusive, em punições para os profissionais que a aplicassem (MENEZES; VENTURA, 2012).

Mais tarde, em 2010, a legalidade desta Resolução foi declarada. Durante este processo, o Conselho Federal de Medicina defendeu que a ortotanásia é um procedimento de conduta médica legal e permitida. À época, o MPF não interpôs recurso, fazendo com que o entendimento a favor da ortotanásia prevalecesse, enquadrando-a como cuidados paliativos. Dessa forma, esse novo entendimento proporcionou maior autonomia ao paciente no que diz respeito às decisões acerca da sua vida e morte.

A Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, dispõe acerca das diretivas antecipadas de vontade. As duas resoluções vistas acima se complementam. Isso mostra que as diretivas antecipadas de vontade vêm regulamentar eticamente a ortotanásia e também garantir o direito do paciente à autonomia, de forma que possa escolher em participar e receber determinado tratamento ou não, sem que viole sua dignidade e autonomia (LOPES, LIMA, SANTORO, 2014).

Apesar de ainda não existir uma legislação nacional acerca das diretivas antecipadas de vontade, o assunto se tornou alvo do Projeto de Lei nº 149 de 2018 do Senado Federal no ano de 2018 e visa estabelecer a possibilidade de toda pessoa maior e capaz manifestar, de forma antecipada, sua vontade na submissão ou não a tratamentos

de saúde futuros, caso venha a encontrar-se em fase terminal ou esteja sofrendo por doença grave ou incurável.

A justificativa utilizada pelo Senado ao propor o mencionado Projeto de lei, foi seguir a crescente tendência mundial em ter respeitada a vontade do paciente de forma antecipada ao possível aparecimento ou agravamento de uma enfermidade. E assim suprir uma lacuna existente no ordenamento jurídico (BRASIL, 2018).

Estas questões tratadas no presente tópico são questões muito delicadas e recentes, motivo pelo qual há uma lacuna normativa. Porém, já é possível perceber uma gradativa mudança nesta realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os inúmeros avanços na área da medicina, sobretudo por conta do desenvolvimento da tecnologia vêm proporcionando tanto uma melhor qualidade de vida às pessoas, como a cura de diversas doenças.

Ocorre que há casos em que o paciente se encontra acometido por doenças graves ou incuráveis, nas quais não há mais a hipótese de reversão do quadro, cenário esse que se tornou ainda mais frequente no contexto da pandemia pela COVID-19 devido a prejuízos na condução de pacientes oncológicos. Nestes casos, a equipe médica utiliza-se dos então chamados cuidados paliativos que visam aliviar os sintomas desconfortáveis, além de garantir aos pacientes uma morte digna baseada no respeito às suas crenças e valores, tendo uma medicina de base humanista.

O termo ortotanásia ganha destaque nas situações em que a morte se apresenta como iminente e inevitável devido a determinadas condições patológicas que não possuem cura. Frente a isso, a ação da equipe de saúde na ortotanásia busca garantir aos pacientes uma "boa morte", em seu próprio tempo, respeitando-se os seus valores e fornecendo o máximo de cuidado médico e familiar ao indivíduo.

A ortotanásia, assim como os cuidados paliativos, relaciona-se aos Direitos Humanos quando visa garantir ao paciente a aplicação

do princípio da dignidade da pessoa humana. Na legislação brasileira, tais práticas são reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina.

Ante todo o exposto, é possível observar que a legislação Brasileira tem sofrido bastantes modificações no que se refere às disposições de última vontade nos tratamentos de saúde. Isso mostra que a preocupação principal dos legisladores tem sido assegurar uma maior aplicabilidade dos Direitos e Garantias Fundamentais. Apesar de ainda não contar com uma legislação específica sobre o caso, tudo caminha para que isso ocorra logo.

REFERENCIAS

Academia Nacional De Cuidados Paliativos (ANCP). **Manual de cuidados paliativos** Rio de Janeiro : Diagraphic, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 296.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA, Rodrigo; Fermin, SCHRAMM. **Eutanásia:** pelas veredas da morte e da autonomia. Scielo. Rio de Janeiro, RJ, v.9 n.1. p. 32-40. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado de nº 149 de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Disponívem em:
<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&disposition=inline>. Acesso em: 07 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução 1.805/2006** de 28 de novembro de 2006. Dispõe sobre a possibilidade de Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou seu representante legal. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 06 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução n. 1.995/2012** de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 06 maio 2021.

Carvalho GM. Implicações éticas fundamentais. In: Carvalho GM. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia.** *São Paulo. IBCCRIM, 2001, p.61-93.*

Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Confiança para o médico, segurança para o paciente. Resolução CFM n. 1931/2009. Aprova o código de ética [Internet]. Brasília: CFM; 2001. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em abr. 2021.

Diniz D. Quando a morte é um ato de cuidado. In: Sarmento D, Piovesan F, coordenadores. **Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2007. p. 295-307.

DIURZA, Kauana; PONTATOLLI, André. **A EUTANÁSIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO BRASIL**. 2017. Disponível em: <http://anima-opet.com.br/pdf/anima17/INTERNO/1-Interno-A-Eutanasia-E-O-Principio-Da-Dignidade-Da-Pessoa-Humana-No-Brasil-DIURZA-PONTAROLLI.pdf>. Acesso em: 06 maio 2021.

LIMA, Carolina. Ortotanásia, cuidados paliativos e direitos humanos. 2015. Disponível em:<http://files.bvs.br/upload/S/1679-1010/2015/v13n1/a4762.pdf>. Acesso em: 06 maio de 2021.

Lopes AC, Lima CA, Santoro LF. Capítulo 3: Aspectos éticos: eutanásia, ortotanásia e distanásia à luz dos fundamentos e dos princípios da bioética. In: Lopes AC, Lima CA, Santoro LF. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia:** aspectos médicos e jurídicos. 2ª ed. atual. Ampl. São Paulo: Editora Atheneu; 2014. p. 106-121.

Lopes AC, Lima CA, Santoro LF. Capítulo 2: A Constituição Federal de 1988 e o direito à morte digna: análise da eutanásia, da ortotanásia e da distanásia. Resoluções n. 1.805/2006 e n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. In: Lopes AC, Lima CA, Santoro LF. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia:** aspectos médicos e jurídicos. 2ª ed. atual. ampl. São Paulo: Editora Atheneu; 2014. p. 54-104.

Lopes AC, Lima CA, Santoro LF. Capítulo I: A Constituição Federal de 1988, a proteção dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana. O direito à vida na constituição federal de 1988. In: Lopes AC, Lima CA, Santoro LF. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia:**

aspectos médicos e jurídicos. 2ª ed. atual. ampl. São Paulo: Editora Atheneu; 2014. p. 20-52.

MENEZES, Rachel; VENTURA, Miriam. **Ortotanásia, Sofrimento e Dignidade:** entre valores morais, medicina e direito. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 28, n. 81,p. 214-259. Fev. 2012. Disponível em:
<https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v28n81/13.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais:** teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 7ª Ed. São Paulo, Atlas, 2006.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). 10 facts on palliative care [Internet]. Génova: OMS. Disponível em:<https://www.who.int/features/factfiles/palliative-care/en/> . Acesso em: 06 maio 2021.

RIERA Rachel et al. **Delays and Disruptions in Cancer Health Care Due to COVID-19 Pandemic: Systematic Review.** JCO Glob Oncol. 2021 Feb;7:311-323. doi: 10.1200/GO.20.00639. PMID: 33617304; PMCID: PMC8081532.

SANTORO LF. Capítulo 4: A necessidade de uma correta definição. Ortotanásia. In: SantoroLF. **Morte digna:** o direito do paciente terminal. Curitiba, Juruá, 2010, p. 107-140.

SANTORO LF. Capítulo 5: A Licitude da Ortotanásia no Brasil. Dever de agir do médico. In: SantoroLF. **Morte Digna:** O Direito do Paciente Terminal. Curitiba, Juruá, 2010, p. 141-162.]

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 71.

SILVA, Josiane; MARTINS, Edson. **A EUTANÁSIA:** direito, ética e religião. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba, PR, n. 15, p. 290-309, Jul/Dez. 2016.

SIRONI, Fernanda; TISOTT, Neri. **A Possibilidade da Declaração de Última Vontade diante do Conflito de Direitos Fundamentais envolvidos na Ortotanásia.** 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ac3870fcad1cfc36>. Aceso em 21 set. 2020.

A PANDEMIA DO COVID-19 E SUA REPERCUSSÃO NO PONTO COMERCIAL

Amanda Paradelas Ribeiro Ferreira[41]
Danielle Caroline Campelo Silva[42]

INTRODUÇÃO

O presente estudo, visa discorrer sobre os impactos ocasionados pela pandemia do Covid-19 no estabelecimento empresarial, de forma a tratar em específico um de seus elementos: o ponto comercial. Logo, a abordagem tem como ponto de partida, esclarecer as características do estabelecimento, destacar a relevância do ponto comercial, bem como sua proteção legal por meio da Lei de Locações. Além disso, destaca-se as consequências financeiras trazidas pelos decretos e medidas restritivas para o enfretamento da doença, aplicados aos estabelecimentos, atrelado à taxa crescente do IGP-M. Assim, pode-se evidenciar que, à luz da situação atual, houve a necessidade da renegociação dos contratos de locação. Para tal análise, parte-se do pressuposto de aplicar-se aos contratos de locação comercial a força maior, uma vez que, justifica a ocasião atual e auxilia o locatário no acordo para arcar com a despesa do aluguel.

41 Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas – Muriaé. E-mail: amandaparadelas22@gmail.com

42 Advogada e professora do Curso de Direito, Administração e Ciências Contábeis do Centro Universitário Unifaminas – Muriaé, Mestre em Direito pela PUC/MG, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Newton Paiva e Direito do Trabalho pela Faculdade Cândido Mendes. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/MG, Associada da Associação Mineira de Professores de Direito Civil – Ampdic. Foi coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana (Unopar-Pitágoras) – Unidade Paragominas/PA. E-mail: daniellecampelo.advogada@gmail.com

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A priori, o Código Civil de 2002, dispõe em seus artigos 1.142 à 1.149 sobre os aspectos que caracterizam o estabelecimento empresarial. Desse modo, ao trazer à tona de forma específica o tratamento legal "Do estabelecimento", apresentou um marco de indubitável relevância para a valorização do instituto. Nesse contexto, de acordo com o art. 1.142 (BRASIL, 2002), o estabelecimento empresarial é o complexo de bens onde os empresários ou a sociedade empresarial utilizam para o exercício de suas atividades econômicas. Com isso, conforme Fábio Ulhoa Coelho (2016), pautado na doutrina majoritária, afirma que a natureza jurídica do estabelecimento empresarial é considerada como universalidade de fato. Assim, não se confunde com a natureza jurídica do empresário ou da empresa, tampouco com o local do exercício da atividade. Nesse interim, é imprescindível destacar os elementos no qual integram conjuntamente o estabelecimento que, por sua vez, configuram-se tanto em materiais, como por exemplo, as mercadorias, os móveis e a matéria-prima, quanto os imateriais: o nome empresarial, ponto comercial, entre outros.

Este último, é de suma importância, pois é conceituado como o local físico onde se estabelece a empresa, ou seja, onde o empresário começa a ser reconhecido, valorizado e até mesmo como uma referência no local onde se encontra, pelos clientes, fornecedores e cidadãos de uma comunidade. Haja vista que, o ordenamento brasileiro determinou proteção jurídica ao estabelecimento empresarial, com o objetivo de preservar o investimento na estruturação da empresa, também recebe tutela jurídica, o ponto comercial, um dos seus elementos.

Sendo assim, a preservação do ponto comercial é extremamente relevante para que o empresário mantenha os laços com seus clientes. Ademais, deve-se destacar que o ponto comercial pertence à pessoa que explora a atividade, e não ao proprietário do imóvel. Dessa forma, com o fito de proteger o ponto explorado pelo empresário, a Lei nº 8.245/91 (BRASIL, 1991), estabelece os direitos que se aplicam

contra prejuízos decorrentes da possível modificação do ponto. Nesse contexto, em seus artigos 51 e 52, discorre sobre a permanência da atividade empresarial do ponto na propriedade em que o empresário se encontra, nos casos de imóveis locados, a qual ele pode requerer judicialmente a renovação compulsória do contrato, por meio da Ação Renovatória.

Seguindo tal contexto e aplicando-se ao momento pandêmico que estamos vivenciando hodiernamente, restrições sanitárias decorrentes do enfrentamento à Covid-19, bem como os decretos de lockdown, geraram grande impacto no estabelecimento empresarial, uma vez que, resultou na paralisação dos serviços e no fechamento de estabelecimentos. Com isso, há de se levar em consideração, que o faturamento destes está atrelado a atender necessidades para a manutenção do negócio, além do pagamento de despesas, tendo como principal delas, o aluguel do ponto comercial.

Nesse sentido, cabe mencionar que além da crise econômica atual, os contratos de locação sofreram outro grande baque: conforme padrão contratual, eles são reajustados de acordo com o Índice Geral de Preços – Mercado (IGP-M). Dessa forma, quando o IGP-M indicador está em alta, a tendência é que isso reflita diretamente nos contratos de aluguel, ao passo que, tem como motivo principal as consequências do coronavírus.

De acordo com os dados levantados pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), o IGP-M desse ano subiu 4,10% em maio, contra 1,51 no mês anterior. Com este resultado o índice acumula alta de 14,39% no ano e de 37,04% em 12 meses. Em maio de 2020, o índice havia subido 0,28% e acumulava alta de 6,51% em 12 meses. Considerando tais aspectos, cabe aos locatários de pontos comerciais, traçarem estratégias para a negociação de seus contratos, visto que, a alteração drástica dos índices é algo atípico, justificado pela crise.

Ademais, diante da situação cotidiana, para a negociação dos contratos, o empresário se amparou no artigo 393 do CC/02 (BRASIL, 2002), colocando em pauta a situação como caso de "força maior", na qual configura-se como acontecimentos relacionados a fatos externos,

independentes da vontade humana, que impossibilitam o cumprimento das obrigações. Nesse interim, é recomendável que o locatário e o locador busquem um acordo que beneficie ambas as partes. Com isso, para o locatário conseguir se manter no imóvel, considerando as diretrizes do contrato, aconselha-se que seja negociado, o reajuste com relação ao índice do IGP-M, podendo haver um ajuste entre as partes. Assim, o proprietário permanecerá com seu imóvel locado e o locatário continuará exercendo suas funções no ponto, mantendo sua renda, o emprego dos seus empregados e a circulação de dinheiro na sua comunidade.

3. METODOLOGIA

O método utilizado é o dedutivo e a técnica de pesquisa usada foi a bibliográfica, por meio de instrumentos como livros, sites, artigos, entre outras fontes, cujo assunto seja referente ao Direito Empresarial, bem como a legislação que trata das locações imobiliárias comerciais.

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Em suma, os dados apontados com relação ao índice do IGP-M, destacaram a grande influência dos efeitos da pandemia e como eles atingiram o decorrente exercício das atividades econômicas. Portanto, a proposta de renegociação dos contratos, cabe ao contexto, favorecendo as partes e para ambos conseguirem se manter após serem atingidos pela imprevisível e devastadora pandemia.

CONCLUSÕES

Após a análise das informações supracitadas, pode-se concluir que, a valorização do estabelecimento empresarial, resultou em uma maior proteção aos seus direitos. Ademais, ao pôr em evidência dentre seus elementos, o ponto comercial, foi possível entender a

importância da permanência do empresário neste, mesmo em meio às dificuldades ocasionadas pelo cenário pandêmico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Coelho, Fábio Ulhoa.**Manual de direito comercial [livro eletrônico]: direito de empresa** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

VARGAS, Fundação Getúlio. IGP-M sobe 4,10% em maio de 2021. **Portal Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: https://portal.fgv.br/noticias/igpm-maio-2021. Consulta em 30 de maio.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002: institui o Código Civil**. Brasília, Portal do Planalto da República Federativa do Brasil, 2014. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Consulta em 02 de junho.

BRASIL. **Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991: dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes**. Brasília, Portal do Planalto da República Federativa do Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Consulta em 02 de junho.

A PANDEMIA DA COVID-19 E O ECA: COMO FICAM OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES?

Luana Bittencourt Cardoso de Melo[43]

INTRODUÇÃO

À luz da contemporâniedade e mediante o cenário vivenciado pelo país, a confluência de discussões se perfaz em volta da pandemia ocasionada pelo vírus Covid-19 que atravessa toda a população mundial. Posto isto, e visando a supremacia do interesse coletivo, foram instruídas novas diretrizes por meio de políticas públicas que objetivam, unicamente, previnir, conter e erradicar o vírus.

Urgido o atual panorama pandêmico instalado no país, a presente pesquisa possui o escopo de esmiuçar acerca do impacto que a pandemia da Covid-19 e suas essenciais restrições e novos direcionamentos, vêm causando naqueles que nossa vigente Constituição Federal consagra como sujeitos de direitos, prioridades absolutas a serem tutelados e exigentes de gestos de cuidado e atenção, quais sejam, as crianças e os adolescentes. (CRFB, 1988)

Com efeito, considerando os reflexos insalubres que o cenário pandêmico desfere ao pleno exercício dos direitos da Criança e do Adolescente, nota-se que a temática se cumpre mediante vigorosa relevância atual, tendo em vista versar acerca daqueles que devem ser detentores de proteção integral por parte do Estado, família e sociedade, conforme sedimentado pela legislação específica do Estatuto da Criança e do Adolescente. (ECA, 1990)

43 Estudante de graduação cursando o 7º período do curso de direito no Centro Universitário Faminas. E-mail: luanamelo1101@hotmail.com.

2. A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DO ECA

2.1 SUJEITOS DE DIREITO

Preliminarmente, válido se faz destacar as minúcias existentes quanto às crianças e adolescentes umbilicadas ao ordenamento jurídico brasileiro. Visando adentrar nos direitos garantidos aos infantes nos dias atuais, sabidamente elucidados pelo Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90), será contemplado adiante, a evolução histórica por detrás dos mesmos.

Precedente a nossa atual Constituição Federal de 1988, as crianças e adolescentes eram envoltos mediante a chamada "doutrina da situação irregular", onde os menores de idade eram considerados, tão somente, meros objetos de proteção. Dentre diversas particularidades da época, destaca-se, ainda, que não havia a participação da sociedade na implantação de políticas públicas voltadas aos infantes.

Com a promulgação da atual Constituição Federal, fora acomodada a progressividade no Brasil ao tratar as crianças e os adolescentes mediante a "doutrina da proteção integral", onde até os dias atuais, estes são considerados como sujeitos de direitos. Sendo assim, beneficamente, foram remodelados os tratamentos direcionados às pessoas em desenvolvimento em todos os aspectos necessários, valendo ressaltar, a deliberação acerca da participação ativa da sociedade voltada à Infância e Juventude.

Pontua-se que a conquista pelo reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito, se proveu tardiamente, a partir de muitos anos de empenho, debates e luta pelo melhor interesse dos mesmos. Vitoriosamente, nossa Carta Magna rompeu com a antiquada doutrina da situação irregular, para implementar no Brasil a doutrina da proteção Integral.

Dois anos após a entrada em vigor da Constituição Federal, os interesses da criança e do adolescente foram consolidados mediante a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 13 de julho

de 1990. Desse modo, vigorante até os dias atuais, temos um expresso ditame legal em prol dos direitos humanos da infância e da juventude, mais especificamente, do melhor interesse dos sujeitos de direito.

2.2 CONCEITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DE ACORDO COM O ECA

A título de maior domínio e compreensão do que será abordado na presente pesquisa, vale pormenorizar acerca do que o Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua em seu segundo artigo, mediante limite de idade e tratamento divergente, como criança e adolescente.

Sob o ditame do artigo 2º do ECA, considera-se criança, para os efeitos da referida Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos. Por sua vez, adolescente é aquela entre doze e dezoito anos de idade incompletos, podendo, conforme parágrafo único, ser aplicado excepcionalmente o referente Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. (ECA, 1990)

Posto isto, e sob o entendimento de que o ECA, a princípio, incumbe a somente àqueles menores de dezoito anos, interpreta-se que as disposições da legislação em comento que versarem acerca somente às crianças, e aquelas direcionadas aos adolescentes, serão aplicadas, em cada caso, ao limite das idades retro mencionadas.

Esclarecidos os fatores que delimitam a fragmentação quanto ao menor de idade, vale ressaltar as consequências dessa subdivisão mediante os efeitos legais do ECA.

A título abrangente, ambos gozam de forma igualitária dos direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Constituição da República, reconhecendo, para tanto, suas posições especiais de sujeitos de direito em desenvolvimento.

Todavia, a distinção de tratamento se conceberá quando estivermos diante de condutas praticadas pela criança ou adolescente consideradas delitos ou contravenções penais, que aqui, nomeia-se por ato infracional.

A criança infratora poderá ser submetida, como consequência da ação, à aplicação das medidas de proteção trazidas pelo artigo 101 do ECA, mediante plena convivência familiar e com a comunidade. Noutro polo, quanto ao adolescente infrator, este será submetido a aplicação das medidas socioeducativas previstas no artigo 112 da Lei em comento, que o poder judiciário entender adequado. (ECA, 1990)

Por fim, no que concerne à adoção, o ECA considera o adolescente com maturidade suficiente para exprimir seu consentimento antes da aplicação judicial da medida.

2.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que tange a temática do presente estudo, é de suma importância pontuar alguns dos direitos fundamentais, indiscutivelmente, garantidos à criança e ao adolescente mediante previsão Constitucional, e posteriormente, sedimentados na legislação específica.

No que concerne, ainda, ao avanço social conferido as crianças e adolescentes devido a implementação da nossa atual Constituição Federal, salienta-se que este se deu a partir da previsão contida em seu artigo 227 que expressa ser de dever da família, da sociedade e do Estado assegurar aos mesmos, com absoluta prioridade, direitos fundamentais como aquele 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 protege-los contra qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (CRFB, 1988)

Posteriormente, com a promulgação da legislação específica, foram implementadas, minuciosamente, tais previsões Constitucionais, prevendo o menor de idade gozar de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, sem distinção e discriminação, reafirmando o escopo da proteção integral, e frisando o dever do Estado, da Sociedade e da família de serem garantidores destes direitos. (ECA, 1990)

O Estatuto da Criança e do Adolescente garante, ainda, a imprescindibilidade da tutela ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, da criança e do adolescente. Pontua-se desfrutar os infantes de total garantia de prioridade sob qualquer situação, efetivando a importância de que a sociedade, o Estado, e a família, proporcionem todas as oportunidades e facilidades aos menores de idade. (ECA, 1990)

Destarte, a partir da apresentação genérica dos direitos fundamentais garantidos à criança e ao adolescente no atual ordenamento jurídico, alcançaremos adiante o escopo da presente pesquisa, mediante construção de uma ponte dogmática entre o atual cenário pandêmico e suas restrições, às consequências e lesões aos direitos previstos no ECA, adentrando quanto a estes de forma minuciosa no que se refere às pessoas em desenvolvimento.

3. O IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NO COTIDIANO INFANTIL

3.1 CENÁRIO PANDÊMICO

À luz da contemporaneidade, as discussões de maiores relevâncias se perfazem em torno do vírus, de caráter pandêmico, que afeta todo o mundo e, principalmente, todo o território brasileiro. Nomeado de Covid-19, ou Coronavírus, o mesmo vem retirando vidas inocentes, em números consideráveis, diariamente. Como consequência, o nível de precariedade relacionado a saúde brasileira – e do mundo – está cada vez mais elevado, motivo de preocupação de caráter alarmante.

Por este motivo, faz-se imprescindível a interferência imediata do poder público em todas as suas esferas, que, acoplando suas forças, segue delineando e buscando por meios de proteger a população e a saúde pública, e conter o vírus que atravessa a humanidade. Para tal, a atuação dos três poderes Constitucionais, Legislativo, Executivo e Judiciário, processa-se de forma cooperativa, sob novas diretrizes ditadas a população.

Dentre as diversas medidas de prevenção e controle da Covid-19 impostas pelas autoridades desde seu surgimento no Brasil, o distanciamento social ou isolamento social, se vincula como a mais ponderosa delas, haja vista sua única finalidade de impedir a disseminação do vírus pandêmico.

Os comércios foram obstruídos, bem como as igrejas, escolas, universidades, ou qualquer outro meio, até então comum, de evidente contato social. Por consequência, a crise que, por ora, seria direcionada somente à saúde, atualmente se estende à economia, ao desenvolvimento do país, e as relações sociais.

3.2 DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Conforme o exposto, e de modo a continuar propiciando o direito à educação previsto no artigo 53 do ECA à criança e ao adolescente, foram instituídas medidas excepcionais e efêmeras que garantem o isolamento social e a continuidade da educação oferecida pelas escolas. Pontua-se ser o acesso à educação fundamental para o pleno desenvolvimento do menor, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (ECA, 1990). Para isto, as aulas adotaram um formato online e remoto, onde as crianças e adolescentes vêm tendo contato com os professores e o aprendizado necessário, via aparelhos eletrônicos.

Contudo, pode-se notar que o ensino remoto, como forma de garantir o direito à educação para todos, é falho. Um dos desafios para esta educação adaptada, se perfaz em volta de que, segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), 48% das famílias brasileiras não possuem condições de acesso à internet ou computador para que as crianças e adolescentes desfrutem dos materiais disponibilizados (IBGE, 2020). Posto isto, restou comprovado como consequência, um considerável aumento nos índices de abandono escolar durante o período pandêmico.

O Unicef (Fundo das Nações Unidas para a Infância) expõe grande preocupação quanto a educação no cenário atual, principalmente no

que se refere àqueles em situações vulneráveis. Pesquisas realizadas pelo órgão comprovam que no ano de 2020, cerca de 5,1 milhões de crianças e adolescentes de todo o Brasil estavam sem acesso à educação, e o número de alunos, com idades entre 6 e 17 anos, que abandonaram as instituições de ensino foi de 1,5 milhão. (Hoshino; Raquel, 2021)

Logo, mediante os alarmantes números apontados, a nova diretriz de ensino remoto que visa proteger à saúde coletiva, apresenta, em muitos casos, uma barreira à garantia do direito à educação para todos. Por este motivo, a temática deve ser incluída nos debates políticos mediante caráter de relevância e preocupação considerável, uma vez que o artigo 54 do ECA prevê ser de dever do Estado, assegurar à criança e ao adolescente o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, como um direito público subjetivo, podendo importar responsabilidade da autoridade competente. (ECA, 1990)

3.3 INSEGURANÇA ALIMENTAR

Nos dias atuais, muito se sabe, que a fome encalça a maioria da população mundial, não sendo diferente quanto ao território brasileiro. Sanar este problema se vincula como um grande degrau para o progresso e desenvolvimento mundial, o que implica como um árduo desafio.

Com o advento do vírus que assola a população, e a consequente crise desencadeada não só na saúde, mas na economia do país, o índice de fome da população se ampliou demasiadamente.

Em consonância com o que fora dito previamente quanto aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, e ao que tange a alimentação e o consequente pleno desenvolvimento, o surgimento do vírus Covid-19, e as mencionadas restrições vinculadas a ele, lamentavelmente, na maioria dos casos, geram reflexos retilíneos nos menores de idades impedindo a garantia desses direitos.

No que se refere a fome de crianças e adolescentes, justo se faz um grau de preocupação maior, tendo em vista que a alimentação

se constitui como fator fundamental para garantir o pleno desenvolvimento destes.

Mediante o cenário pandêmico, pesquisas garantem que, além daqueles que já enfrentam situações de vulnerabilidade, o número de famílias que deixaram de ter o que comer em casa cresceu significativamente em decorrência das restrições enfrentadas pelos trabalhadores que levam o sustento para seus lares.

Com o fechamento das escolas, a situação de insegurança alimentar de crianças e adolescentes se agravou ainda mais, especialmente quanto àqueles que enfrentam condições de vulnerabilidade. Isto ocorreu em razão de que muitos possuíam as merendas oferecidas nas redes públicas de ensino como única fonte de alimentação, em virtude da hipossuficiência enfrentada no âmbito familiar, e considerando que, antes da situação pandêmica, boa parte, senão toda, da alimentação dos infantes, era provida pela escola.

A merenda escolar garantida pelo PNAE (Programa Nacional de Alimentação Escolar), se compreende como uma forma de assistência fundamental para as crianças e adolescentes que necessitam suprir a insegurança alimentar proveniente de situações de vulnerabilidades que eventualmente se encontram. Não obstante, a falta de provimento alimentar para os menores de idade constitui implicações enormes em diversas vertentes fundamentais aos seres em desenvolvimento, e até no aprendizado.

Dados oferecidos pela ONU (Organização das Nações Unidas) no último ano, apontaram que com o fechamento das escolas, cerca de 9 milhões de crianças foram privadas do acesso à merenda escolar. (ONU, 2020)

O Unicef indica ainda, que dentre as famílias brasileiras que vivem com até um salário mínimo, 42% perderam o acesso à merenda durante a pandemia da *Covid-19.* (Unicef, 2020)

Posto isto, e visando atenuar o problema, o Planalto sancionou a Lei 13.987/20, que tem por objetivo propiciar às crianças e aos adolescentes de zero a 17 anos da educação básica da rede pública, sob os recursos do PNAE, a distribuição de "kits" de alimentação às suas

respectivas famílias, durante a suspensão das aulas em decorrência da pandemia da Covid-19, além do auxílio emergencial oferecido àqueles que necessitam, por meio da Lei 13.982 de 2020. (Planalto, 2020)

Todavia, cumpre destacar que a implementação de tais medidas, até os dias atuais, não é suficiente para encobrir todos os anseios das crianças e dos adolescentes e garantir o sustento de todos os lares que sofrem com as consequências da pandemia da Covid-19, e nem mesmo, atingir todos eles.

3.4 A CRISE ECONÔMICA FAMILIAR E O TRABALHO INFANTIL

Apontado o cenário que o Brasil se defronta nos dias atuais, é categórico o impacto que a pandemia da Covid-19 ocasionou nas famílias mais vulneráveis do país. Com as restrições de abertura e funcionamento que os serviços considerados "não essenciais" sofreram, inibindo os cidadãos de levarem sustento as suas famílias, notavelmente, a renda mensal da maioria delas se encontra prejudicada, bem como a economia do país.

Se faz notório que o momento apresenta um gatilho ao crescimento do trabalho infantil em meio à crise. Isto ocorre, vista a necessidade e falta de alternativas para garantir o sustento básico das famílias mais prejudicadas, que observam nos menores de idade oportunidade de incluir em seus lares mais uma forma de amparo financeiro.

Por sua vez, cumpre destacar, que em muitos casos, esta realidade se perfaz propícia mediante a segregação do acesso à educação, decorrente às causas elencadas anteriormente no presente estudo.

Pesquisas realizadas pelo Unicef no último ano, apontaram uma intensificação de 26% nos índices de trabalho infantil, considerando dados levantados do mês de maio para o subsequente mês de junho em famílias vulneráveis de diferentes regiões de São Paulo. (Unicef, 2020)

Aponta-se mais uma vez, a necessidade relativa a atenção do Estado quanto a essas famílias, e o compromisso atribuído à sociedade

de zelo com as pessoas em desenvolvimento, uma vez que o Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 60, veda o trabalho dos menores de 14 anos de idade. Portanto, não restam dúvidas de que estes devem dedicar seu tempo aos estudos e as formas de lazer inerentes a idade, como garantia da boa educação e do pleno desenvolvimento. (ECA, 1990)

3.5 RISCOS DENTRO DE CASA

Considerando o exposto, frisa-se ainda, que os danos ao pleno exercício dos direitos fundamentais garantidos pelo ECA em razão da *Covid-19,* se expande àquele contido em seu artigo 17, qual seja, a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, principalmente em âmbito familiar. (ECA, 1990)

Vale mencionar, que em nosso país, não se compõe fato recente que crianças e adolescentes, em números consideráveis, estão sujeitos a riscos dentro de casa, seja por negligência familiar, violência psicológica e física, e abuso sexual, todos os dias.

Mediante esta situação, a escola se configura como principal local para a identificação de sinais (sejam eles relativos a mudanças de comportamentos, hematomas, medos e inseguranças exorbitantes, dentre outros) que apontam a ocorrência de violência infantil e consequentemente, melhor meio de denúncia e providências.

Consoante a este ponto, o ECA dispõe em seu artigo 56, ser de dever dos dirigentes de estabelecimentos de ensino, comunicar imediatamente ao Conselho Tutelar notáveis casos de maus-tratos a seus alunos. Não obstante, os artigos 18 e 70 da mesma lei presam, sob os ditames Constitucionais, acerca da obrigatoriedade de todos de zelarem pelos menores de idade e os preservarem de qualquer forma de negligência e violação de seus direitos. (ECA, 1990)

Lamentavelmente, visto o isolamento social adotado nos dias atuais com o consecutivo fechamento das escolas, o inestimável apoio e identificação de eventuais violências pelos profissionais da educação, se encontra inviabilizado. Por decorrência, as crianças e adolescentes

que agora passam a maior parte, senão toda, de seu tempo dentro de casa, estão mais vulneráveis à violência infantil intrafamiliar, potencializando os índices desta.

Em virtude dos fatos mencionados, impreterível computa-se a necessidade de que sejam redobrados os cuidados com as crianças e adolescentes neste período pandêmico. Seja por aqueles que atuam em prol de seus direitos, ou, principalmente, qualquer cidadão que observar mínima forma de descuidado com as pessoas em desenvolvimento, sejam familiares, vizinhos, ou desconhecidos, visto expressa previsão Constitucional, acerca do dever de cuidado de todos, sem restrições, para os seres em desenvolvimento. (CRFB, 1988)

Portanto, considerando tratar de realidades que acarretam danos e traumas por toda a vida, é fundamental expor à conhecimento da sociedade a importância de denunciar quaisquer violências físicas, psicológicas e sexuais contra crianças e adolescentes, visando, exclusivamente, conter eventual invisibilidade e omissão. Dessa forma, é viabilizado para que sejam tomadas as devidas providências por autoridades competentes que assegurem, de forma prioritária e integral, o melhor interesse do infante, sob os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente, sobretudo, o previsto em seu Capítulo II, relativo as medidas de proteção. (ECA, 1990)

3.6 A SAÚDE MENTAL

As adaptações que o cotidiano brasileiro vem enfrentando, principalmente no que tange ao distanciamento social e o confinamento em casa, essenciais à contenção do vírus e proteção da saúde popular, limitam, por ora, os direitos previstos no ECA relativos à liberdade infantil de praticar esportes, brincar, divertir-se e interagir socialmente com a comunidade. (ECA, 1990)

Com o advento de tais medidas restritivas, pesquisas realizadas pela UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) no último ano, apontaram um significativo e preocupante aumento em 90% dos casos

de depressão no país. Por conseguinte, foi relatado que os casos de crise de ansiedade e estresse agudo em 2020, dobraram. (UERJ, 2020).

Com efeito, não restam dúvidas de que as crianças e adolescentes podem ser impactados ainda mais com problemas psicológicos decorrentes de um prolongado período de isolamento, visto a falta do contato escolar com outras crianças, amigos e familiares, e em muitos casos, com o ambiente externo.

Estudos apontam, ainda, a insônia ou excesso de sono, alteração de apetite, diminuição de interesse em atividades rotineiras, solidão, insegurança e angústias como os principais pontos que afetam o cotidiano infantil durante o isolamento social e que devem ser observados e prevenidos. (Unicef, 2020)

Como forma de impulsionar o pleno desenvolvimento disposto Constitucionalmente (CRFB, 1988), denota-se que estamos diante de seres que necessitam e que estimam o contato social, esportes, e principalmente meios de diversão que vão além daqueles encontrados em telas de televisão, computadores e celulares.

Posto isto, mais uma vez, não restam questionamentos acerca da importância da atenção redobrada, e toda a cautela necessária com as crianças e adolescentes durante o enfrentamento desse difícil momento pelo país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista aos aspectos analisados na presente, nota-se que fora pontuado por meio de uma síntese exposição, o danoso impacto das essenciais diretrizes adotadas no território nacional em decorrência da pandemia da *Covid-19,* sobretudo relativo ao isolamento social, no cotidiano infantil e no pleno exercício das garantias adjudicadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Fora exposto questões atinentes a corrente desigualdade social posicionada em território brasileiro que, com o advento do vírus, se abrangeu de forma a lesionar diretamente a tutela trazida pelo ECA à criança e ao adolescente, enfatizando para tanto, as dificuldades

do acesso à educação, e a ampliação da insegurança alimentar e do trabalho infantil, durante a pandemia.

Outrossim, evidencia-se a potencialização dos riscos vivenciados pelas crianças e adolescentes em ambiente familiar, destacando violências de cunho físico, moral e sexual, além das nocivas consequências à saúde mental dos mesmos, diretamente ligadas ao comprometimento do pleno desenvolvimento.

Por fim, por intermédio de análise fundada no Ordenamento Jurídico Brasileiro, sobretudo à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como em dados estatísticos realizados com seriedade por importantes órgãos, não restam dúvidas acerca de que as crianças e adolescentes, principalmente aquelas em situações mais vulneráveis, devem, inquestionavelmente, serem detentores de resistente tutela Estatal e atenção por parte da sociedade, bem como incluídos em pautas do poder público, não somente neste excepcional e delicado cenário pandêmico, mas de forma perene.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Decreto lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 03/06/21.

BRASIL. Ministério Público do Paraná. **Pandemia de Covid-19 traz impactos para a aplicação do ECA.** Disponível em: https://mppr.mp.br/2020/07/22778,10/Pandemia-de-Covid-19-traz-impactos-para-a-aplicacao-do-ECA. Acesso em: 19/06/21.

BRASIL. UNICEF. **UNICEF alerta para aumento de incidência do trabalho infantil durante a pandemia em São Paulo.** Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/unicef-alerta-para-aumento-de-incidencia-do-trabalho-infantil-durante pandemia-em-sao-paulo. Acesso em: 04/06/21.

Como a pandemia do coronavírus afeta os direitos das crianças e adolescentes. Livre de Trabalho Infantil. Disponível em: https://livredetrabalhoinfantil.org.br/especiais/trabalho-infantil sp/reportagens/como-a-quarentena-do-coronavirus-afeta-os-direitos-das-criancas-e adolescentes. Acesso em: 15/06/21.

FORSTER, Paula. **Pandemia aumenta evasão escolar, diz relatório do Unicef**. CNN Brasil. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/01/28/pandemia-aumenta-evasao-escolar-diz-relatorio-do-unicef. Acesso em: 09/06/21.

Hoshino, Raquel. **Mais de 5 milhões de crianças e adolescentes ficam sem acesso à educação em 2020.** Revista Oeste. Disponível em: https://revistaoeste.com/brasil/mais-de-5-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-ficaram-sem-acesso-a-educacao-em-2020. Acesso em: 09/06/2021.

Mais da metade das famílias com crianças e adolescentes que estudam em escola pública não recebeu alimentação escolar durante fechamento na pandemia. Brasil 61. Disponível em: https://brasil61.com/noticias/mais-da-metade-das-familias-com-criancas-e-adolescentes-que-estudam-em-escola-publica-nao-recebeu-alimentacao-escolar-durante-fechamento-na-pandemia-ucef210080. Acesso em: 10/06/21.

Malta Vilas-bôas, Renata. **Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento.** In: Âmbito

Jurídico. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-101/compreendendo-a-crianca-como-sujeito-de-direito-a-evolucao-historica-de-um-pensamento/. Acesso em: 03/06/21.

MOREIRA ROSSINI DE OLIVEIRA, Tatiana. **A violência contra crianças em tempo de pandemia. Carta Capital.** Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/blogs/lado/a-violencia-contra-criancas-em-tempo-de-pandemia/. Acesso em: 07/06/21.

No mês em que o ECA completa 30 anos, especialistas afirmam que pandemia agrava ainda mais o cenário de violações dos direitos de crianças e adolescentes. Gife. Disponível em: https://gife.org.br/no-mes-em-que-o-eca-completa-30-anos-especialistas-afirmam-que-pandemia-agrava-ainda-mais-o-cenario-de-violacoes-dos-direitos-de-criancas-e-adolescentes. Acesso em: 05/06/21.

Pandemia aumenta casos de depressão e ansiedade no Brasil! Nossa Saúde.
Disponível em: https://www.nossasaude.com.br/dicas-de-saude/pandemia-aumenta-casos-de-depressao-e-ansiedade-no-brasil/. Acesso em: 04/06/21.

Vasconcelos, Júlia e Bezerra, Lucila. V**iolações de direitos de crianças e adolescentes se intensificam durante a pandemia.** Brasil de Fato. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2021/04/26/violacoes-de-direitos-de-criancas-e-adolescentes-se-intensificam-durante-a-pandemia. Acesso em: 15/06/21.

A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM CASOS COM EFEITOS IRREVERSÍVEIS PARA SALVAGUARDAR UM DIREITO FUNDAMENTAL: BREVE ANÁLISE DE CASOS OCORRIDOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Sarah Rúbia Alves Amorim[44]
Wilson Sebastião Rodrigues Soares[45]

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar as situações em que há a irreversibilidade do dano material pleiteado na tutela antecipada, e a possibilidade desta ser concedida mesmo que presente o citado perigo da irreversibilidade para uma das partes, tudo para que um direito fundamental seja protegido. Neste contexto, será utilizado uma demonstração pratica dessas situações nos casos ocorridos na pandemia da Covid-19.

Inicialmente, cumpre apontar que, inegavelmente, um dos maiores obstáculos do Poder Judiciário é a demora para a finalização de um processo, fato esse que resulta em prejuízos para o indivíduo que busca seu direito material, o qual tem como garantia constitucional o acesso à justiça conforme art. 5º, XXXV da CF/88 (BRASIL, 1988), bem como o direito a uma adequada assistência jurisdicional, assim, como forma de garantir maior efetividade as decisões do poder judiciário, surgiram as medidas provisórias. No Brasil, as medidas de caráter urgente eram disciplinadas no Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), sendo que, em relação à tutela antecipada, esta somente foi positivada no ano de 1994. Atualmente, o Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) conta com a tutela provisória de

44 Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário FAMINAS. E-mail: rubisarah15@gmail.com

45 Professor do Centro Universitário FAMINAS. Especialista em Direito Constitucional; Mestrando em Planejamento Regional e Gestão de Cidades. E-mail: wilsonsrs@hotmail.com

urgência, podendo esta ser de caráter satisfativo ou antecipatório, e a tutela provisória de evidência.

Posto isto, no ano de 2020, o mundo se viu diante de uma situação atípica, o surgimento da Covid-19 ocasionou uma pandemia global, e com ela, grandes mudanças na sociedade, medidas drásticas e rápidas precisaram ser tomadas. Assim, o direito, o qual tem como dever, acompanhar e se adequar às demandas da sociedade, sofreu reflexos, ante a incerteza vivenciada, tem-se um aumento na demanda do poder judiciário, o que consequentemente, ocasionou o aumento de pedidos de tutela antecipada, tendo em vista o caráter de urgência da situação vivida nos últimos meses.

Outrossim, para alcançar a finalidade almejada, serão conceituados os dois principais institutos referentes à pesquisa, sendo eles a tutela provisória e os direitos fundamentais, assim, com relação à tutela de urgência de natureza antecipada, essa possui caráter satisfativo, visando a satisfação de forma liminar do que se pede na ação; no que tange os direitos fundamentais esses são os direitos básicos do indivíduo e eles estão ligados principalmente à dignidade da pessoa humana.

Com isso busca-se relacionar os dois institutos com o fito de analisar a questão da irreversibilidade da tutela antecipada e sua concessão ante a um direito fundamental no cenário da pandemia de covid-19 e, para tanto, a metodologia da pesquisa consistirá em análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial pertinente ao tema.

2. A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

Em se tratando de medidas provisórias, a lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015), que implementou o Código de Processo Civil vigente, o qual disciplina o instituto da Tutela Provisória, sendo que este é gênero, no qual a tutela de urgência e a tutela de evidencia são espécies, nota-se que a tutela de urgência ainda se subdivide em tutela antecipada e tutela cautelar.

A tutela provisória de urgência tem como finalidade afastar o perigo do dano ao direito material devido à demora existente no sistema processual brasileiro. Em síntese, a essência de um processo é a busca pela justiça, busca essa que pode ser frustrada quando a justiça é tardia, é nesse ponto que a tutela de urgência far-se-á necessária. Desse modo, a tutela de urgência tem como finalidade evitar danos oriundos da demora do poder judiciário, ou então, por causa do direito material protegido, visando que a prestação jurisdicional seja efetiva e tempestiva (LAMY, 2018).

Pontua-se que apesar de algumas semelhanças, a tutela antecipada e a tutela cautelar não são o mesmo instituto e possuem suas distinções, porém, antes de detalhar essas distinções, é preciso apresentar os tópicos em comum entre ambas.

Em continuidade, para a concessão da tutela de urgência, é essencial a demonstração do fumus boni iuris e o periculum in mora presentes no art. 300 do CPC/15 (BRASIL, 2015). O fumus boni iuris, ou a fumaça do bom direito, consiste na probabilidade do direito, esse requisito pressupõe que o requerente da tutela deve convencer o juiz, superficialmente, que ele tem razão, que aparentemente o direito material o pertence. Com relação ao periculum in mora, este requisito representa o perigo do dano ou o risco do resultado útil do processo, ou seja, a tutela de urgência deverá ser fundada na ideia de urgência sob a perspectiva de que se o direito material não for assegurado ou antecipado, poderá gerar prejuízos à parte, por sua vez, esse perigo de dano pode estar ligado ao temor do perecimento do direito sua deterioração no tempo, nota-se que esse prejuízo deverá ser provado em concreto de modo que convença o juiz a do perigo de lesão (DONIZETTI, 2017).

Diante o exposto, far-se-á oportuno abordar a possibilidade de fungibilidade entre a tutela de urgência antecipada e a tutela de urgência cautelar, uma vez que, essa fungibilidade se torna possível devido aos requisitos da tutela cautelar e da antecipada, assim, se o advogado se equivocar e pedir uma quando era a outra, a parte não será prejudicada, o juiz irá analisar o pedido como se fosse a tutela que

deveria ter pedido, desse modo, como disposto no art. 305 do CPC/15 (BRASIL, 2015) sendo interposta uma tutela cautelar e o juiz entender que essa visa a satisfação do pedido, poderá ele recebe-la e analisa-la como tutela de natureza antecipada(DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Salienta- se que, como visto anteriormente, o Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973) já dispunha da fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, uma vez que, apesar de antes não serem modalidades da tutela provisória de urgência, ambas já possuíam semelhanças que ocasionavam o equívoco mencionado.

Dessarte, Humberto Theodoro Júnior (2018) ressalta a contracautela, a qual, de acordo com o **§1º, art. 300 do CPC/15** (BRASIL, 2015), aduz que, quando o juiz não está convencido que tem os requisitos precisos para a concessão da tutela de urgência, ele pode determinar que o autor da tutela de urgência dê uma garantia, podendo ser uma caução real ou uma caução fidejussória. Salienta-se que a existência de caução é ato discricionário do juiz, é entendimento dele se é necessário ou não a caução, contudo, caução não pode ser um obstáculo para o deferimento da tutela de urgência, pois fere o acesso à justiça.

Outro aspecto relevante é a possibilidade de indenização pelos prejuízos causados decorrentes da tutela de urgência prevista nas situações do art. 302 do CPC/15 (BRASIL, 2015), assim, por ser concedida em juízo provisório, além de poder modificada ou revogada, nas hipóteses previstas nos incisos do referido artigo ou em outra situação que cause prejuízo à parte contraria, terá como efeito o retorno ao estado anterior ou há a restituição do bem ou se impossível faze-los, resolve-se em perdas e danos.

Outrossim, Elpídio Donizetti (2017) pontua que apesar do art. 302 do CPC/15 (BRASIL, 2015) falar da tutela provisória de urgência, ele também se aplica à tutela provisória de evidencia, visto que, ambas contem a característica de serem provisórias podendo ser modificadas e causar dano para a parte contraria.

Posto isto, no que tange a tutela de urgência de natureza antecipada, essa consiste na modalidade de tutela por meio do qual o requerente busca a concessão do pedido principal do processo, no todo ou parte, de forma antecipada, ou seja, devido a urgência, é feito um juízo (provisório) antecipado do pedido. Logo, a tutela de urgência quando visa evitar ou fazer cessar o perigo, dando ao autor a imediata vantagem do direito material pleiteado em definitivo na prestação jurisdicional, é uma tutela de urgência antecipada, satisfativa (THEODORO JÚNIOR, 2018).

A tutela antecipada tem seu procedimento delineado nos arts. 303 e 304 do CPC/15 (BRASIL, 2015), ademais, nota-se que, além dos requisitos, fumus boni iuris e periculum in mora, ela possui o requisito especifico, previsto no art. 300, §3°, CPC/15 (BRASIL, 2015), o qual aduz que, para sua concessão, a reversibilidade dos efeitos decisão da tutela antecipatória, requisito esse que será abordado de maneira aprofundada mais adiante. É importante salientar que a tutela antecipada busca a satisfação do pedido, e que esta não pode ser confundida com definitividade, uma vez que, é após toda o rito e instrução probatória que se faz o julgamento definitivo do mérito (Lamy, 2018).

Por último, ressalta-se que o art. 304 do CPC/15 (BRASIL, 2015) dispõe sobre a estabilização da tutela antecipada, a qual possibilita que a tutela antecipada interposta em caráter antecedente ao pedido principal, seja conservada e se estabilize.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA VALORIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais consistem em um composto de direitos e garantias da pessoa humana e possuem um papel de suma importância ao estabelecer limites ao poder do estado, logo, percebe-se que os direitos fundamentais são a base do ordenamento jurídico. Sobre essa correlação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, tem-se que esse último é elemento

intrínseco dos direitos fundamentais, logo, não se pode utilizar como argumentação um direito fundamental para justificar a violação de outro. (MARMELSTEIN, 2019).

Fato é que, após a Segunda Guerra Mundial, o mundo começou a pensar e a valorizar à dignidade da pessoa humana, sendo assim, as normas jurídicas começaram a se fundamentar com base nisso. No ordenamento jurídico brasileiro, foi com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) que os direitos fundamentais ganharam enfoque, tanto é verdade, que a Constituição ficou conhecida como Constituição cidadã.

Assim, como lembrado por Alexandre de Moraes (2020), a organização dos direitos e garantias fundamentais se centraliza no Título II da Constituição Federal de 1988, contudo, não é somente nessa parte que se encontra os direitos fundamentais, uma vez que, como já pontuado, a Constituição tem como critério para a criação de outras normas, os direitos fundamentais.

Dito isto, é sabido que os direitos fundamentais são oponíveis contra o Estado, como forma de proteção aos indivíduos, assim, o Estado, por tutelar o interesse público, possui uma posição de supremacia ao indivíduo, dessa forma, a eficácia vertical dos direitos fundamentais garante ao indivíduo a possibilidade de apresentar limites ao poder estatal. Dessa forma, inicialmente os direitos fundamentais veio para resguardar os indivíduos perante o estado, visto que, o indivíduo aqui goza de uma vulnerabilidade.

Contudo, com a evolução da sociedade, temos a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual trabalha a aplicação dos direitos fundamentais nas relações dos particulares, devendo ser protegido não só as relações com o Estado, mas também entre dois particulares, assim, mesmo os estando em equilíbrio de igualdade é necessário observar os direitos fundamentais, isso porque, hoje é notável que os particulares podem ocasionar grandes danos pela não observância dos direitos fundamentais. Isso se dá pelo entendimento que a sociedade pode ser tão tirana quanto o Estado. (MARMELSTEIN, 2019).

Além disso, esses direitos são assegurados, não só às pessoas físicas, como também às pessoas jurídicas, inclusive, até as pessoas jurídicas de direitos público são protegidas pelos direitos fundamentais, no que lhes couber.

4. A QUESTÃO DA IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA E SUA CONCESSÃO ANTE A UM DIREITO FUNDAMENTAL NO CENÁRIO DA PANDEMIA DE COVID-19

Como visto anteriormente as tutelas provisórias de urgência possuem dois requisitos para a sua concessão, sendo eles o *fumus boni iuris e o periculum in mora*, contudo, em se tratando da tutela de urgência de natureza antecipada, além desses requisitos mencionados, é necessário que se concedida a tutela, o direto material ali pedido, não seja irreversível, ou seja, o § 3º do art. 300 do CPC/15 (BRASIL, 2015) veda a concessão da tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Entende-se que, como a tutela de natureza antecipada visa adiantar o provimento final, todo ou em parte, da demanda, ele tem que ser tratado de uma forma mais minuciosa. Assim, o requisito negativo da irreversibilidade do perigo do dano, contempla a segurança jurídica, visando que, caso ao final do processo, a decisão final seja a favor do réu, que possa ser feito a reversão do direito concedido na tutela antecipada, dessa forma, limitando o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Diante do exposto, nota-se que surgem algumas situações no mundo jurídico, em que se tem um conflito em uma situação concreto, o qual temos o perigo da irreversibilidade caracterizado, contudo, estamos diante de um direito fundamental que poderá ser negligenciado ante a urgência.

Dessa forma, surge a questão de que deverá ser concedida ou não, a antecipação da tutela mesmo que presente o de perigo de incorrer em efeitos irreversíveis, como forma de proteger um direito fundamental. Nesse sentido, Marcelo Azevedo Maffra e Amanda Maria

Martins (2015) abordam que o juiz deverá analisar cada caso concreto e ante a uma colisão desses direitos optar pela proteção do que na situação se faz mais relevante, ademais, eles pontuam que deixar de conceder uma tutela antecipada que visa a proteção de um direito fundamental por causa da caracterização da reversibilidade do dano, é uma limitação do Poder Judiciário, a qual compromete a efetividade dos direitos fundamentais. Para eles, se feita a interpretação literal do art. 300, § 3º do CPC/15 (BRASIL, 2015), e este prejudicar um direito fundamental, poderá ser qualificado a inconstitucionalidade do referido dispositivo, logo, sua aplicação deverá ser feita de forma cautelosa, devendo a tutela antecipada ser indeferida somente se está não ocasionar na ineficácia do provimento final do processo.

É essa lógica que o Superior Tribunal de Justiça, na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), seguiu em uma decisão:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 e 356 do STF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 2º, DO CPC.
> 1. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito indispensável à admissibilidade do recurso especial. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.2. **O possível risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento da antecipação da tutela contida no art. 273, § 2º, do CPC não pode ser interpretado ao extremo, sob pena de tornar inviável o direito do reivindicante.**3. Agravo regimental que se nega provimento. (AgRg no Ag 502.173/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2005, DJ 29/08/2005, p. 247- Grifei).

Nesse sentido, Elpídio Donizetti (2017) explica que o requisito da irreversibilidade do dano, tem sido cada vez mais mitigado pela

doutrina e jurisprudência, principalmente em se tratando de casos extremamente urgentes, nos quais há o perigo da irreversibilidade para ambas as partes, assim, em tais casos, observa-se que o juiz deverá ponderar para proteger àquele que pode sofrer o maior impacto. Uma situação bem comum, são os casos que versam sobre o direito fundamental da saúde, como por exemplo, quando o pedido principal é a realização da cirurgia, porém, devido ao estado de saúde agravado se pede na tutela antecipada a concessão de ordem para a disponibilização imediata do procedimento cirúrgico.

Neste cenário, observa-se que a situação pandêmica causou grandes reflexos e embates entre os direitos, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, logo, vários pedidos de tutela antecipada na justiça começaram a surgir, uma vez que, a rápida proliferação do vírus fez com que fosse necessário tomar medidas rápidas para coibir a pandemia da melhor forma possível. Desse modo, ficou ainda mais evidente a necessidade de mitigação do requisito negativo da tutela antecipada aqui tratado, para salvaguardar um direito fundamental.

Posto isto, é valido destacar alguns julgados prolatados durante a pandemia da Covid-19, visto que, o mundo foi obrigado a enfrentar situações não esperadas. Outrossim, a Justiça Federal do Acre decidiu em uma tutela antecipada de caráter antecedente (Processo nº 1002596-92.2020.4.01.3000), em maio de 2020, por conceder autorização para a expedição de licença provisória de trabalho aos médicos estrangeiros que não podiam exercer a profissão no país, visto que, não realizaram o Exame Nacional Revalida, logo, a concessão da tutela antecipada possibilitou que esses profissionais da saúde, que obtiveram seus diplomas de medicina emitidos por instituições de ensino estrangeiras e habilitação para o exercício da profissão no país onde formados, pudessem atuar no Brasil para ajudar a combater a pandemia, e salvaguardar o direito a saúde, ante o colapso e a falta de pessoas tecnicamente capacitadas para atuar na linha de frente da Covid-19.

Outro caso interessante, foi conduzido até o Tribunal de Justiça de Minas Gerais onde foi decidido que o processo em questão

ficaria suspenso em decorrência de situações que impossibilitam sua realização por causa da situação pandêmica vivenciada:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - SUSPENSÃO EM RAZÃO DA PANDEMIA DA COVID-19 - DEVIDA - PARTICIPANTES DE GRUPO DE RISCO - VIDEOCONFERÊNCIA - INCABÍVEL - RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - NÃO DEMONSTRADO - MANUTENÇÃO. - A concessão de tutela antecipada de urgência depende da demonstração simultânea da probabilidade do direito invocado pelo agravante e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. - A Portaria do Conselho Nacional de Justiça nº 61, de 31 de março de 2020, institui a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19; todavia, havendo nos autos informação acerca da impossibilidade de realização da audiência, ainda que por videoconferência, deve ser mantida sua suspensão a fim de salvaguardar a saúde das partes. - Recurso não provido. (TJMG - Agravo de Instrumento: 1.0180.01.002439-6/002, Relator(a): Des.(a) Roberto Apolinário de Castro (JD Convocado), 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/03/0021, publicação da súmula em 26/03/2021).

No referido caso, houve a suspensão do processo para salvaguardar a saúde de uma das partes, a qual se enquadra no grupo de risco da Covid-19, além disso, nota-se que, nesse caso também não foi possível a realização da audiência de forma virtual. Ressalta-se que no caso concreto, o poder judiciário teve que utilizar da ponderação, a qual foi utilizado no sentido de que, o direito fundamental do acesso à justiça fosse postergado para que o direito fundamental a

saúde fosse resguardado, isso porque o magistrado entendeu que, na presente situação, a saúde da parte integrante do grupo de risco, é mais relevante e causaria mais danos do que a simples suspensão do andamento processual.

Com isso, ante tudo que foi exposto, evidencia-se de suma importância a atuação consciente do poder judiciário, para fins de compreender em cada caso, qual a melhor solução para que um direito fundamental não seja gravemente prejudicado, principalmente, na atual situação pandêmica que o mundo vive.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, foi abordado a tutela provisória, a qual foi criada como um instrumento para coibir os danos causados pelo decurso do tempo, visto que, hoje entende-se que não basta somente a garantia da resposta jurisdicional e sim a garantia de que esta será efetiva.

Em seguida, pontou-se os direitos fundamentais e sua consagração na Constituição Federal de 1988, logo, a República Federativa do Brasil, a qual a organização político-administrativa compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, constituem o estado democrático de direito (art. 1º da CF/88), que por sua vez, é regulado pelas normas constitucionais, normas essas que dispõem de direitos e garantias fundamentais. Outrossim, sobre os direitos fundamentais, estes são prerrogativas que todo indivíduo possui, sendo, em resumo, pautados principalmente na dignidade da pessoa humana.

Após conceituar os institutos da tutela provisória e os direitos fundamentais, foi estudado de forma mais detalhada, o requisito negativo para a concessão da tutela de urgência de natureza antecipada, sendo ele a irreversibilidade do perigo do dano.

Ademais, sobre a temática, abordou-se a necessidade de mitigação de tal requisito para a proteção de um direito material, percebe-se, contudo, que tal moderação deve ser analisada em cada

caso pelo magistrado, que deverá saber ponderar entre os direitos conflitantes.

Além disso, ocorreu a explanação de duas decisões da justiça brasileira prolatadas durante a pandemia, as quais tratavam de tutelas antecipadas que visavam salvaguardar um direito diante da situação atípica trazida pela pandemia da Covid-19, sendo mais do que nunca, perceptível a relevância da resposta em tempo razoável pela justiça para que um direito fundamental não se perca.

Outrossim, fato é que, a justiça brasileira possui como um de seus maiores problemas a morosidade, assim, se o Poder Judiciário não consegue garantir em tempo razoável um direito, cabe a ele ao menos dar meios efetivos para que esses direitos não sejam lesados de forma definitiva, principalmente em se tratando de um direito de ordem fundamental.

Deste modo, instrumentos como o instituto da antecipação de tutela podem viabilizar a efetiva e hábil proteção de direitos no Estado Democrático, que por sua vez não pode abandonar princípios fundamentais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, mas também precisa compatibiliza-los com a adequada prestação da tutela jurisdicional, imprescindível para a realização plena do sujeito enquanto cidadão e para a manutenção do bem estar social.

Com isso, percebe-se que a irreversibilidade do perigo na concessão da tutela antecipada não deve ser interpretada de forma a prejudicar direitos, visto que, é dever da justiça garantir o direito do indivíduo, bem como coibir ameaças à eles, logo, ao deixar de conceder a tutela de um direito fundamental, o qual se perderia por não ser protegido com urgência, o próprio poder judiciário estaria indo contra seu dever constitucional, podendo assim, criar situações geradoras de incerteza e insegurança jurídica. Por fim, os direitos fundamentais revelam-se de suma importância e devem ser salvaguardados, podendo o requisito da irreversibilidade ser mitigado quando em conflito com eles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACRE. Justiça Federal da 1ª Região. **Tutela antecipada antecedente Nº 1002596-92.2020.4.01.3000**. Juiz Federal: Herley da Luz Brasil. Órgão Jurisdicional: 2ª Vara Federal Cível e Criminal da SJAC. Data da Decisão: 11/05/2020. Disponível em: < file:///C:/Users/rubis/Downloads/Decis_o_Covid19_m_dicos%20sem%20revalida_Acre.pdf > Acesso em: 19/06/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19/06/2021.

BRASIL. Lei n° 5.869 de 11 de janeiro de 1973 – **Institui o Código de Processo Civi**l. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11. jan. 1973. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm >. Acesso em: 19/06/2021.

BRASIL. Lei n° 13.105 de 16 de março de 2015 – **Institui o Código de Processo Civi**l. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16. Mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19/06/2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 502173 / RJ**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília -DF. Data do Julgamento: 02/08/2005; Data da Publicação: 29/08/2005. STJ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7205224/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-502173-rj-2003-0030444-6/inteiro-teor-12953469> Acesso em: 19/06/2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela** / Fredie Didier Jr,

Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira-10. ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** / Elpídio Donizetti. – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória** / Eduardo Lamy. – São Paulo: Atlas, 2018.

MAFFRA, Marcelo Azevedo; MARTINS, Amanda Maria. Tutela antecipada: a irreversibilidade recíproca e a proteção das áreas de preservação permanente. Termo in: **De Jure, Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: < file:///C:/Users/rubis/Downloads/TCC/Tutela%20antecipada.pdf> Acesso em: 19/06/2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**/ George Marmelstein – 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv Nº 1.0180.01.002439-6/002. Cumprimento de Sentença. Relator: Des.(a) Roberto Apolinário de Castro (JD Convocado). Data do Julgamento: 25/03/2021; Data da Publicação: 26/03/2021. TJMG. Disponível em: < https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcorda.do?&numeroRegistro=8&totalLinhas=18&paginaNumero=8&linhasPorPagina=1&palavras=tutela%20antecipada%20sa%FAde%20pandemia&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%> Acesso em: 19/06/2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** / Alexandre de Moraes. – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TESTAMENTO VITAL E EUTANÁSIA EM MEIO A PANDEMIA DA COVID-19

Wérica Maia Torres[46]
Margarida Maria Espósito Dos Santos[47]

INTRODUÇÃO

Muito se diz, ainda mais nas últimas décadas, sobre a necessidade de planejamento sobre o fim da vida. Para que a terminalidade da vida seja compreendida de modo mais aceitável é preciso o conhecimento de determinadas práticas médicas e outros meios aptos a proporcionarem uma morte digna.

Dentre as práticas destacam-se a eutanásia e a ortotanásia e, como forma de disciplinar os cuidados, tratamentos e outras disposições em que um indivíduo aceita ser submetido tem-se o testamento vital.

Certo afirmar que o testamento vital ainda carece de regulamentação específica, portanto tem sido uma opção para aqueles que se preocupam em não ter uma morte digna.

O presente trabalho tem como objetivo dispor sobre a distinção entre o testamento vital e a eutanásia e, em especial, expor sobre a aplicabilidade do testamento vital em meio a pandemia da Covid-19.

Para tanto, utilizou-se de pesquisa qualitativa e bibliográfica a partir da análise doutrinária, jurisprudencial e da legislação vigente para abordagem da temática escolhida.

2. O DIREITO À VIDA E A MORTE DIGNA

A discussão a respeito do direito à vida é presente em diversos meios em nossa sociedade, seja em ambientes acadêmicos, programas televisionados ou no próprio âmbito familiar, razão pela

46 Bacharelanda em Direito. E-mail: werica.torres@gmail.com

47Mestre em Direito Privado. Professora Universitária. E-mail: margarida.esposito@unifaminas.edu.br

qual é necessário discorrer sobre os valores e princípios que cercam a existência de um ser humano.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1.988 (BRASIL, 1988) preceitua a inviolabilidade do direito à vida aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Tal regramento legal visa à proteção da vida do cidadão, indo contrariamente a atitudes que possuem por intenção ceifar a vida dos indivíduos.

Diante da importância conferida ao direito à vida, percebe-se que o direito a morte digna não tem sido discutido como deveria no meio social. Dialogar sobre a vida é bem mais fácil do que discutir sobre a morte, obviamente. A morte, ao contrário da vida, desperta sentimentos de tristeza, angústia e, também, não aceitação nos familiares do falecido.

Todavia, diante da modernidade social e jurídica, imprescindível a análise deste direito, a fim de que o indivíduo possa ter uma morte digna. Um exemplo clássico é quando determinado indivíduo possui doença terminal e irreversível. Questiona-se: este ser humano não possui direito a uma morte digna?

Para que isto ocorra é preciso levar em conta as limitações causadas pela enfermidade e ainda à manifestação das liberdades individuais do indivíduo, as quais podem se representar na escolha da abreviação da vida, tendo como intenção finalizar situações de sofrimento, garantindo ao mesmo uma morte pacífica.

Para Barroso (2010),

> O prolongamento sacrificado da vida de pacientes com doenças para as quais a medicina desconhece a cura ou a reversão, contra a sua vontade ou de seus responsáveis legais, enseja dor, sofrimento, humilhação, exposição, intrusões corporais indevidas e perda da liberdade. (BARROSO, 2010)

Neste viés, a eutanásia e a ortotanásia tem sido opções para aqueles que desejam ter uma morte digna e conforme a sua vontade.

3. A EUTANÁSIA E O TESTAMENTO VITAL

Ao longo dos anos, a prática da eutanásia vem sendo aperfeiçoada. Com surgimento na Grécia Antiga, habitualmente vem sendo escolhida por pacientes com enfermidades incuráveis.

A partir do século XX, tal prática foi mais adepta pela sociedade e também objeto de questionamentos por estudiosos da bioética.

A ortotanásia, também de origem grega, é compreendida como um meio de abreviação da vida, sem o uso de meios artificiais, sendo respeitado o processo natural da morte.

Diante da preocupação com um final da vida, pacífico, sem sofrimento e dor, outro meio adotado por alguns indivíduos foi o testamento vital, ambos a seguir analisados a seguir.

3.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EUTANÁSIA

O termo eutanásia é de origem grega, sendo a ele atribuído significado de uma morte calma e sem sofrimento. Embora tenha várias conceituações, aperfeiçoadas ao longo dos anos, de modo simplório, significa o praticar ou deixar de praticar um ato terminativo que ensejará na morte de um indivíduo.

Para Barroso (2010),

> compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos. (BARROSO, 2010)

Na visão religiosa, alguns adeptos ao catolicismo, se prendem ao mandamento bíblico "Não matarás" e consideram a eutanásia como um pecado. Na visão do atual Pontífice, Papa Francisco, a eutanásia sempre é ilícita porque procura a morte.

Diante da falta de regulamentação específica no diploma penal, há, na sociedade atual, discussão acerca da eutanásia ser ou não considerada uma prática delituosa.

Com efeito, existem doutrinadores a favor e contra tal tipificação penal. Para alguns, a eutanásia é considerada crime de homicídio privilegiado previsto no artigo 121 do Código Penal (BRASIL, 1940), pelo fato de que o resultado de determinada prática ou não ser a morte.

Cumpre ressaltar que tramita no Senado Federal o projeto de lei sob o número 236/2012, de autoria do senador José Sarney, qual seja o anteprojeto do novo Código Penal, sendo que com a aprovação do referido projeto haverá inclusão do artigo 122, que regulamentará expressamente a eutanásia.

O Conselho Federal de Medicina não possui uma definição expressa da eutanásia, mas a previsão disposta no artigo 41, no sentido de que é vedada a abreviação da vida do paciente por um médico, faz com que seja compreendido que tal prática não é permitida pelos profissionais da medicina.

As definições atribuídas à eutanásia são divididas em ativa ou passiva. Consiste a eutanásia ativa no ato provocador da morte sem sofrimento a determinado indivíduo e a eutanásia passiva, quando um profissional da medicina deixar de praticar uma ação que resulte em sobrevida ao indivíduo.

Raquel Elias Ferreira Dodge (2009) faz a seguinte colocação sobre a eutanásia ativa e passiva:

> [...] provocar a morte rápida, através de uma ação deliberada, como por exemplo, uma injeção intravenosa de potássio." Já a forma passiva, seria [...] deixar morrer através da suspensão de uma medida vital, e que levaria o paciente ao óbito em um espaço de tempo variável (DODGE, 2009).

Com efeito, o indivíduo possui direito de escolha do método que deseja optar. Assim, respeitando a sua vontade faz com que seja

prevalente a sua autonomia. A autonomia do paciente significa a sua liberdade individual de escolha.

A autonomia privada, prevista no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna (BRASIL, 1988), permite que qualquer indivíduo capaz não seja obrigado a fazer algo contra a sua vontade, senão em virtude de lei. Importante salientar que caminha juntamente com a autonomia da vontade a dignidade da pessoa humana, princípio basilar da República Federativa do Brasil.

Alexandre de Moraes (2006) define a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

> a dignidade da pessoa humana é um princípio de importância ímpar, pois repercute sobre todo o ordenamento jurídico. É um mandamento nuclear do sistema, que irradia efeitos sobre as outras normas e princípios (MORAES, 2006).

E, ainda, complementa que a dignidade da pessoa humana "concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas".

Na mesma vertente, preceitua Barroso (2010) que

> a dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas (BARROSO, 2010).

Desta forma, a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental, elementar da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, III, da Carta Magna (BRASIL, 1988), é atinente a todo ser humano, sem qualquer tipo de distinção, prevalente sobre todos os

demais princípios, podendo ser relativizado de acordo com a situação em concreto, em hipótese de colisão principiológica.

Ante as considerações acima expostas, é certo afirmar que não há respaldo legal para a prática da eutanásia por um indivíduo, uma vez que tal prática carece de regulamentação, todavia, poderá optar por consignar suas vontades referentes a terminalidade de sua vida por meio do testamento vital, o qual a seguir será analisado. Pontua-se que a eutanásia não se assemelha ao testamento vital, havendo grande diferença.

3.2. O TESTAMENTO VITAL

O testamento vital é um documento, no qual o paciente reduz a termo a sua vontade terminativa, ou seja, como deseja ser cuidado, quais ações autorizam ser praticadas no fim de sua vida, enquanto a eutanásia é um ato de um terceiro que irá auxiliar o paciente na abreviação de sua vida, sendo normalmente tal prática requerida no testamento vital.

Importante salientar que caso o paciente opte por respeitar o processo natural de sua morte, reduzindo a termo a sua vontade em um testamento vital, ocorrerá a ortotanásia.

Ao longo dos anos, vários doutrinadores vêm desvendando matérias tratadas pela área da bioética, como por exemplo, o aperfeiçoamento de estudos sobre a morte digna e os cuidados necessários na terminalidade.

Em especial Luciana Dadalto (DADALTO, 2013) aborda que o testamento vital é uma espécie do gênero das diretivas antecipadas de vontade. Neste contexto, pode-se afirmar que as diretivas antecipadas vêm sendo utilizadas desde a década de 60, nos Estados Unidos, sendo que a primeira vez em que se utilizou uma de suas espécies foi no ano de 1967, pela Sociedade Americana para a Eutanásia.

Desta forma, o uso do testamento vital tem ocorrido para disciplinar "futuros cuidados médicos aos quais uma pessoa que esteja

incapaz de expressar sua vontade será submetida, ante um diagnóstico de terminalidade da vida" (DADALTO, 2013).

No Brasil, pendente de regulamentação legal se encontra a espécie testamento vital, sendo que o marco regulatório existente é sobre as diretivas antecipadas de vontade.

Trata da temática a Resolução 1.995, aprovada no dia 31 de agosto de 2012 pelo Conselho Federal de Medicina. Ademais, importante salientar que muitos membros do Legislativo, Judiciário e até mesmo leigos confundem as diretivas antecipadas de vontade e testamento vital, equiparando-os.

A Resolução em comento é lei a ser seguida pelos profissionais da medicina e trata de assuntos atinentes a seara médica. Todavia, juridicamente, carece de regulamentação específica e detalhada acerca do testamento vital.

Um exemplo que demonstra a maior necessidade de regulamentação específica é que a Resolução 1.995/2012 não dispõe sobre a obrigatoriedade ou não de registro das diretivas antecipadas de vontade ou do testamento vital ou mesmo quem poderá realizá-la e demais formalidades.

Mesmo inexistente norma regulatória, prudente é que se faça o registro, a fim de conferir publicidade ao documento, para que surtam seus efeitos jurídicos e legais. Ainda, sobre a estrutura das diretivas antecipadas, o Conselho Nacional de Justiça editou o enunciado n° 37 na I Jornada de Direito da Saúde, em maio de 2014, convencionando o seguinte:

> as diretivas ou declarações antecipadas de vontade que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito. (I Jornada de Direito da Saúde, 2014)

O enunciado acima transcrito simboliza um avanço jurídico, a ser seguido como orientação para os profissionais que desejarem prestar orientação na feitura do documento. E, ainda, por tais orientações serem estipuladas pelo Poder Judiciário, a sua observância será exigida mediante eventual questionamento jurídico, em face da carência legislativa sobre o tema em comento.

4. ADOÇÃO DO TESTAMENTO VITAL EM MEIO A PANDEMIA DA COVID-19

O testamento vital, documento que regulamenta as manifestações de vontade terminativas da vida de um paciente, tem sido um recurso muito utilizado desde o início da pandemia da Covid-19.

O cenário atual trouxe severas modificações sociais e também psicológicas, diante da descoberta de um novo vírus capaz de ceifar, por lapso temporal curto, a vida de um ser humano. Com isso, foi possível notar maior curiosidade nas pessoas quanto à finalidade e eficácia das diretivas antecipadas de vontade, em especial o testamento vital.

Diante de uma "doença misteriosa" e ameaçadora, a preocupação na possibilidade de morrer, como e quando, após contrair a doença, tem sido pensamento constante na maioria dos brasileiros. Como forma de precaução, várias pessoas estão optando pela realização do testamento vital. Desse modo, é preciso refletir sobre quais cuidados e decisões médicas serão permitidas no fim da vida.

O testamento público, regulamentado pelo Código Civil (BRASIL, 2002), é um negócio jurídico formal, sendo que para ser válido é imprescindível a observância na forma prevista em lei. Habitualmente, por meio dele o testador dispõe sobre sua vontade, patrimonial ou não, devendo ser feito por tabelião, que possui fé pública, em Cartório Notarial.

Segundo Luciana Dadalto, sobre testamento vital, o mesmo é considerado juridicamente como "um negócio jurídico unilateral de natureza existencial, sob condição suspensiva". Justifica-se a condição suspensiva uma vez que é necessário ocorrer "os seguintes fatos,

somados: (i) estado clínico fora de possibilidades terapêuticas de cura; e, (ii) perda de discernimento do paciente" (DADALTO, 2020).

Complementa que

> "para que seja possível aplicar o testamento vital a um paciente com COVID-19, será necessário que os profissionais de saúde verifiquem, in concreto, que as condicionantes tenham sido atingidas. Pode-se, então, afirmar que para fazer um testamento vital a pessoa precisa estar ciente e consciente da sua condição de mortal e, especialmente no contexto do COVID-19, estar ciente e consciente de que poderá ficar em estado tão grave que não seja mais possível falar-se em reversão da doença". (DADALTO, 2020)

Para tanto, é preciso observar a ética médica como também a conformidade com o ordenamento jurídico, sendo indicada a lavratura de escritura pública do referido documento em Cartório Notarial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luz dos fatos expostos, para que se tenha uma morte digna é preciso optar por métodos e cuidados que não afrontem o princípio da dignidade da pessoa humana e não comprometam a autonomia da vontade do paciente.

Dentro das normas da bioética, uma prática médica que se destaca há muitos anos é a eutanásia, sendo certo que a mesma pode ser ativa ou passiva, como abordado no decorrer do presente estudo. Ainda dentro das diretivas antecipadas de vontade, o testamento vital, que pontua a termo as vontades terminativas de um paciente no fim de sua vida, tem sido escolha de muitos que desejam disciplinar o que será permitido ao final de sua vida.

Ainda mais no cenário atual em que estamos vivendo, no qual são crescentes as mortes decorrentes do coronavírus, a preocupação

tem sido inevitável. Como forma de proporcionar maior aceitação, controle e pacificidade sobre a morte, o testamento vital tem sido uma escolha contemporânea.

Por meio do testamento vital, atualmente, é possível que sejam previstos determinados cuidados paliativos, procedimentos e práticas médicas de abreviação da vida a serem adotadas pelos profissionais da medicina, propiciando, desta forma, uma morte digna ao paciente.

Além disso, o documento é importante, ainda mais neste cenário de pandemia, para ser respeitada a vontade do paciente previamente disposta no testamento vital, proporcionando também maior conforto aos familiares, que frente a um momento tão doloroso se encontram em situação em que sua capacidade opinativa fica comprometida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida.** Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010. Disponível em: < https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_19.pdf>. Acesso em: 15/04/2021.

BATISTA, Rodrigo Siqueira. Schramm, Fermin Roland. **Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/YzfWXq4yZvc9whnZpktyWHs/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15/04/2021.

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

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASÍLIA. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 05/05/2021.

Projeto de Lei do Senado n° 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em 07/05/2021.

Resolução CFM nº 1995 de 09/08/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=244750>. Acesso em 07/05/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I Jornada de Direito da Saúde.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/enunciados_aprovados_na_jornada_de_direito_da_saude_%20plenria_15_5_14_r.pdf>. Acesso em 07/05/2021

DADALTO, Luciana. **O papel do testamento vital na pandemia da COVID-19.** Disponível em: <https://www.testamentovital.com.br/post/o-papel-do-testamento-vital-na-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 20/05/2021.

Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/jt5d9PVQgWkffwMLzvvDM7h/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 20/05/2021.

A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 108440521.2015.8.26.0100/TJSP. In: civilistica.com a. 7. n. 2. 2018.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Eutanásia – Aspectos Jurídicos.** Revista Bioética – Conselho Federal de Medicina. São Paulo, 2009. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/299/438. Acesso em: 20/05/2021.

JUANA, Álvaro de. **A eutanásia sempre é ilícita porque procura a morte, afirma o Papa Francisco.** Disponível em: <https://www.acidigital.com/noticias/a-eutanasia-sempre-e-ilicita-porque-procura-a-morte-afirma-o-papa-francisco-15048>. Acesso em: 05/04/2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado.** Salvador: JusPodivm, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

IMPACTOS DO COVID-19 NO ÂMBITO DO SISTEMA JUDICIÁRIO

Letícia Maria Amaral Quintão[48]

PALAVRAS-CHAVES: Sistema judiciário, coronavírus, teletrabalho.

INTRODUÇÃO

No dia 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) notificou o surto do Coronavírus e no dia 11 de março foi anunciado como uma pandemia, desta forma, essa doença chocou o mundo todo, apresentando novas medidas preventivas que futuramente trariam mudanças à sociedade.(ANTUNES; FISCHER, 2020)

Com o início dos casos de coronavírus no Brasil, novas experiências foram vivenciadas para tentar conter o avanço da doença no país, dentre elas, podemos ressaltar o isolamento social, que apesar de ser extremamente necessário, ocasionou alguns impactos em diversas áreas da sociedade, é o exemplo do sistema judiciário que precisou se reinventar para melhor atentar a população.(LIBER; RAINHO, 2020)

Eventualmente, como forma de tentar manter as atividades judiciais em março de 2020 o sistema Judiciário Federal adotou o regime de trabalho remoto, que possibilitou a realização do serviço dos Juízes, servidores e colaboradores a distância.(PORTOLESE, 2021)

Assim, o presente estudo tem como objetivo apresentar as diferentes transformações que o sistema judiciário experimentou com o advento da pandemia do Covid-19 no Brasil.

48 Graduanda em Direito pela Faminas Muriaé (leticiaaquintao@gmail.com)

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A atuação do sistema jurisprudencial teve que se adaptar aos impactos do covid-19, consequentemente, foram surgindo novas maneiras de se realizar essas atividades, dentre elas, podemos salientar o trabalho remoto, esse passou a ser um novo desafio à muitos profissionais e com os trabalhadores do sistema judiciário não foi diferente.

Para Portolese (2021) o trabalho do Poder Judiciário juntamente as instituições essenciais à Justiça é fundamental para conter os impactos sociais e econômicos que enfrentamos devido à pandemia da Covid-19, isso demonstra que a atuação desse profissional é essencial e que as adaptações realizadas durante esse período, foram de extrema importância para a manutenção da democracia brasileira.

Liber, et al. (2020), entretanto, afirma que toda providência tomada neste período ocasionará em impactos tanto positivos quanto negativos, ele também declara que as pessoas conseguiram se adaptar bem a situação já que messes se passaram e os trabalhos seguiram sendo desempenhados de alguma forma.

Já para Antunes, et al. (2020) essa prática, sendo tomada em um momento de crise, apresentou o teletrabalho para o mundo, ela ainda apresenta que isso pode ter favorecido o poder Judiciário diante dos desafios da Covid-19.

2. METODOLOGIA

A metodologia aplicada nessa pesquisa foi uma revisão literária na base de dados Google Acadêmico, que tinha como objetivo de selecionar estudos que discorriam a cerca da temática do sistema judiciário na pandemia. Na primeira seleção de artigos foram encontrados dois mil trezentos e trinta estudos, e dentre eles foram selecionados apenas dois, após isso foi feita outra seleção com palavras chaves diferentes onde outro artigo foi selecionado, assim, ao final da revisão foi escolhido três artigos para fundamentar essa pesquisa.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Como uma maneira de manter as atividades processuais, foi instaurado o regime de trabalho remoto, onde com o auxílio de ferramentas digitais esses profissionais deram continuidade ao seu trabalho. Entretanto, isso não significa que não houve atraso nos processos, já que o primeiro semestre de 2020 acabou em estado de calamidade com mais de vinte mil processos em tramitação. (ANTUNES; FISCHER,2020)

Cabe destacar também a questão do acesso que as pessoas têm à internet, afinal como previsto o não comparecimento nas audiências pode acarretar aplicação de multa, sendo que o juiz ainda pode decretar revelia, o autor apresenta que a maior parte da população está se aglomerando em filas para garantir o auxílio emergencial, por isso é inadmissível cobrar e até punir a falta das pessoas menos favorecidas nas audiências online. (LIBER; RAINHO, 2020)

De modo a se obter uma melhor visualização dos atos judiciais e administrativos foi criado o painel de "Produtividade Semanal do Poder Judiciário", onde os Tribunais fazem o compartilhamento dos seus recordes de produtividade, apesar de positivo em alguns aspectos, essa iniciativa pode vir a se tornar algo ruim ao se pensar que as atividades no Judiciário não são como uma linha de produção mecanizada, esse trabalho deve ser minucioso e não é recomendado trocar a qualidade por números.(PORTOLESE, 2021)

CONCLUSÕES

É notório que com o advento da pandemia do Covid-19 muitas mudanças foram necessárias em diversas áreas, no âmbito do sistema judiciário não foi diferente, para acompanhar essas mudanças o trabalho remoto foi adotado, bem como outras manobras que foram tanto positivas quanto negativas. Assim, é importante considerar que o desenvolvimento do presente estudo conseguiu apresentar essas

transformações que ocorreram nesse período, fazendo com que assim os objetivos propostos no início fossem alcançados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Evelise Dias; FISCHER, Frida Marina. A justiça não pode parar?! Os impactos da COVID-19 na trajetória da política de teletrabalho do Judiciário Federal. In*:* **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional.** 2020.

LIBER, Gabriel Henrique Araújo; RAINHO, Murilo Teixeira. AUDIÊNCIAS VIRTUAIS NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. I*n:* **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**. 2020.

PORTOLESE, Júlia Teixeira. O funcionamento da justiça durante a pandemia do Coronavírus e o teletrabalho. In: PORT, Otávio Henrique Martins (org.). **O Poder do Judiciário na Pandemia.** São Paulo: AJUFESP, 2021.

OS REFLEXOS DA PANDEMIA NO DIREITO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE DA LEI 14.151/21

Bianca Luiza de Oliveira[49]

RESUMO

As relações de trabalho existem desde os primórdios da humanidade, sendo que com o passar do tempo as prestações de serviços foram se modificando e se adequando as necessidades da sociedade. Seguindo a lógica, o mesmo ocorreu com a legislação trabalhista, uma vez que está precisou ir se moldando as necessidades para solucionar os conflitos trabalhistas emergentes. Com isso, podemos afirmar que devido a pandemia mundial do Coronavírus (Covid-19), que assola o mundo nos últimos dois anos, as normas jurídicas do direito do trabalho precisaram passar novamente por atualizações. Diante disso, adotando uma metodologia qualitativa, por intermédio de revisão bibliográfica e de periódicos, o presente trabalho tem como finalidade analisar a Lei 14.151/21, normatizou a suspensão do contrato de trabalho de trabalhadoras gestantes, garantindo, assim, o afastamento de suas atividades, sem prejuízo de sua remuneração. O trabalho está dividido em três partes. Na primeira, é realizada as considerações gerais acerca da pandemia, na segunda, estuda-se os reflexos da pandemia no direito do trabalho de forma resumida, já na terceira e última parte é realizada a análise pormenorizada da Lei 14.151/21, sendo abordado as condições impostas para concessão desse benefício, qual seja: a disponibilidade dessas trabalhadoras de desempenhar suas atividades laborativas por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou a distância. Ao final, conclui-se que a legislação em comento, apesar de eficaz na proteção as empregadas gestantes, restou omissa quanto aos encargos financeiros que o empregador terá

49 Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário UNIFAMINAS – Campus Muriaé/MG, 2018/2022. (biiancasasso@hotmail.com).

que suportar nos casos em que atividades laborativas são incompatíveis com as modalidades de trabalho à distância.

Palavras-chave: Lei 14.151/21.Teletrabalho. Direito do trabalho.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, a *internet* era uma ferramenta de difícil acesso e muito onerosa, sendo aplicada em sua maioria para estudos e pesquisas, contudo, com a globalização acelerada, tal recurso tecnológico foi se tornando acessível de forma geral, além de se tornar um mecanismo bastante explorado e aplicado em todos os setores laborais.

Isto porque, a *internet* e outros aparelhos eletrônicos conduziram a possibilidade de descentralização do trabalho presencial. Como consequência nasceu a modalidade de trabalho à distância, através de aparatos tecnológicos que garantam o compartilhamento de documentos e dados.

Não obstante, podemos ressaltar que nos últimos quinze meses as modalidades de serviço à distância passaram a ser ainda mais exploradas, isto porque explodiu uma pandemia mundial altamente contagiosa e com altos índices de mortalidade.

Essa pandemia disseminou o vírus popularmente denominado Covid-19, cujo sintomas principais são a tosse seca, febre, perda temporária de olfato e paladar, e principalmente, o comprometimento dos pulmões, fator esse que gerou a morte de milhões de pessoas em todo mundo.

Tendo em vista tratar-se de uma doença nova os primeiros meses foram de muito estudo e precauções, restando evidenciado que pessoas idosas, pessoas com comorbidades (independente de idade) e grávidas deveriam ser expostas o mínimo possível ao vírus.

Diante das condições impostas pela pandemia, o direito do trabalho brasileiro passou a ser duramente atacado e os contratos de trabalho passaram a enfrentar inseguranças jurídicas, uma vez que as circunstâncias do início do contrato já eram mais as mesmas.

Além disso, várias foram as situações adversas pelas quais empregadores e empregados começaram a enfrentar, por exemplo, o fechamento dos comércios, a suspensão dos contratos de trabalhos, férias coletivas, redução de jornada e até mesmo acordos coletivos e/ou individuais.

Frente a esse cenário, o Governo Federal instituiu algumas medidas provisórias e promulgou algumas leis, tudo visando resguardar os empregos e a saúde financeira nacional.

Nesse seguimento, em maio de 2021 o Governo Federal promulgou a Lei 14.151/21, cuja finalidade é garantir as trabalhadoras gestantes o afastamento de suas atividades presenciais, resguardando assim sua saúde durante a pandemia.

Diante o exposto, o presente trabalho irá analisar as condições dessa nova legislação derivada das condições atípicas da pandemia.

Para tanto, o primeiro tópico discorre brevemente sobre as condições da pandemia do Covid-19, expondo seu o surgimento, os fatores de contágio, os sintomas, as precauções de isolamento, bem como as medidas de proteção que foram desenvolvidas.

No segundo tópico, serão abordados os reflexos da pandemia no direito de trabalho, sendo expostos as principais consequências nesse período.

Já o terceiro e último tópico versa sobre o afastamento das gestantes de suas atividades presenciais estabelecido pela lei 14.151/21, a disponibilidade de desempenhar funções à distância e a vedação ao prejuízo salarial, além de diferenciar teletrabalho e home office.

Por fim, é possível afirmar que a legislação em comento é totalmente eficaz quanto assegurar o isolamento social da empregada gestante, contudo, estabelece despesas ao empregador nos casos em que as atividades presenciais forem incompatíveis com as modalidades de trabalho à distância.

Portanto, não restam dúvidas que a Lei 14.151/21 é omissa e carece de emendas que proponham solucionar tais lacunas.

Esse estudo pode ser relacionando como de abordagem qualitativa, no que diz respeito aos fins, de forma objetiva,

preocupando se, portanto com os aspectos da realidade que não podem se quantificados, centralizando se na compreensão e na explicação dinâmica das relações sociais. Ademais, para realizar este estudo, utilizou-se o método de revisão bibliográfica.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PANDEMIA DO COVID-19

Nos últimos quinze meses estamos vivenciando uma pandemia mundial do então denominado cientificamente SARS-CoV-2.

> O novo coronavírus é uma espécie de vírus, chamado cientificamente de SARS-CoV-2. Essa palavra complicada é uma sigla em inglês para "coronavírus-2 causador de síndrome respiratória aguda grave". A SARS é a forma mais grave da COVID-19 e de outras doenças respiratórios, ela é conhecida no Brasil como SRAG (BLOG CORONAVIRUS, 2021).

Em continuidade:

> É um vírus que causa uma doença respiratória —a covid-19— pelo agente coronavírus, identificado em dezembro de 2019 na China. Os coronavírus são uma grande família viral, conhecidos desde meados de 1960, que causam infecções respiratórias em seres humanos e em animais. Geralmente, infecções por coronavírus causam doenças respiratórias leves a moderadas, semelhantes a um resfriado comum. Alguns coronavírus podem causar doenças graves com impacto importante em termos de saúde pública, como a Sars (Síndrome Respiratória Aguda Grave), identificada em 2002 e a Mers (Síndrome Respiratória do Oriente Médio), identificada em 2012 (UOL, 2021).

Segundo consta, os primeiros casos foram confirmados ainda no final do ano de 2019na China, porém a disseminação do vírus tornou-se alarmante mundialmente apenas em março de 2020, sendo esse o momento no qual as nações começaram a tomar as medidas necessárias para tentar conter o contágio.

A primeira medida a ser difundida e amplamente aplicada foi o distanciamento social, uma vez que:

> O distanciamento social abrange diversos tipos de medidas para reduzir a circulação de pessoas em espaços coletivos públicos (ruas e praças) ou privados (shoppings, shows etc.). Dentre as medidas de distanciamento social, podemos citar a necessidade de evitar aglomerações e, assim, podem ser determinados: a paralisação de atividades não essenciais, como fechamento do comércio, com a exceção de serviços essenciais, como supermercados e farmácias; o cancelamento ou adiamento de eventos, como festivais; a paralisação das atividades escolares presenciais; e a adoção do sistema de trabalho remoto. Assim, evita-se a aglomeração, situação muito propícia para a transmissão do vírus.
>
> Muitas pessoas acreditam que distanciamento social é a mesma coisa que lockdown, mas isso não é verdade. O distanciamento social pode ser vertical ou horizontal.
>
> **vertical**: as medidas são voltadas apenas para o isolamento dos grupos de risco em suas residências;
> **horizontal**: são medidas mais restritivas, voltadas para toda a população, há a permissão de circulação para serviços essenciais e não-essenciais dentro de regras determinadas pelo poder público.
>
> O distanciamento social horizontal pode ser feito de forma rígida ou flexível, dependendo da situação. A rígida estabelece apenas uma regra para todas as situações. Ela é feita quando não é possível controlar a transmissão em um local. Uma

> das formas mais rigorosas é o chamado lockdown, ou seja, bloqueio total da circulação.
> Já o distanciamento **flexível** permite a abertura gradual de serviços à medida que conseguimos controlar o avanço da covid-19. Caso seja necessário, depois de um novo aumento do número de casos, o Governo pode adotar estratégias mais rígidas mesmo depois de ter flexibilizado (BLOG CORONAVÍRUS, 2021).

Portanto, a ideia inicial foi de promover o isolamento social fechando comércios não essenciais, a interrupção de funcionamento de industrias e empresas, a suspensão do funcionamento de escolas, faculdades e cursos, entre outros estabelecimentos com grande fluxo de pessoas, tudo isso buscando conter a propagação do vírus, tanto em âmbito nacional, quanto mundial.

No entanto, com o passar do tempo vários serviços que inicialmente não eram considerados essenciais, passaram a fazer falta e os mesmos precisaram retornar as suas atividades laborativas.

Nessa altura os pesquisadores já tinham identificado e determinado que outras medidas de prevenção deveriam ser tomadas, sendo elas:

> **lave com frequência as mãos.** Higienize até a altura dos punhos com água e sabão abundantes ou com álcool em gel 70%;
> ao tossir ou espirrar, **cubra seu nariz e sua boca com lenço ou com o antebraço.** Evite usar as mãos;
> **evite tocar olhos, nariz e boca** se suas mãos mãos não estiveram lavadas;
> **mantenha uma distância de, no mínimo, 2 metros** quando estiver fora de casa ou se alguém estiver com sintomas de gripe dentro da sua casa;
> **evite o contato físico pessoa, como abraços, beijos e apertos de mãos;**
> **higienize com frequência aqueles objetos pessoais manuseados frequentemente** por você ou crianças

> sob seu cuidado, como celulares e os brinquedos infantis;
> **nunca compartilhe objetos e peças que podem entrar em contato com o rosto e as mãos**, como talheres, toalhas, pratos e copos;
> **quando doente, faça o isolamento doméstico**, evitando o contato físico com outras pessoas dentro de casa, especialmente idosos e pessoas dos grupos de risco. Fique em casa até melhorar;
> **faça o distanciamento social sempre que puder, reduzindo a circulação desnecessária** em locais públicos fora das recomendações locais. Sempre que puder, fique em casa. Para isso, confira sempre as recomendações do seu município e da Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais;
> **utilize máscaras caseiras ou artesanais** feitas com, no mínimo, uma dupla camada de tecido. Ela deve ficar bem ajustada ao rosto e devem ser usadas sempre que sair de sua casa (BLOG CORANAVIRUS, 2021).

Mesmo com tantas medidas, contenções e distanciamento social, o falecimento repentino de milhares de pessoas por dia foi questão de tempo, isso porque sem uma medida eficaz de imunização (vacina) e sem grandes conhecimentos sobre a doença, as medidas de isolamento pouco serviram para controlar os números chocantes e devastadores do número de mortes diárias.

> Até o momento, a covid-19, doença respiratória causada pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2), já matou mais de 3,5 milhões de pessoas e infectou mais de 170 milhões em todo o mundo. O Brasil já tem mais de 16 milhões de casos confirmados pelas autoridades de saúde e mais de 460 mil mortes (UOL, 2021).

Esse cenário causou e continua causando vários impactos à saúde pública, à segurança sanitária, às questões econômicas e sociais. E, consequentemente implicações que desafiam todos os ramos do Direito, especialmente o direito do trabalho.

4. OS REFLEXOS DA PANDEMIA NO DIREITO DO TRABALHO

Devido as necessidades de isolamento social expostas anteriormente, vários foram os setores e empresas que precisaram suspender suas atividades de forma parcial ou total, sendo priorizado a realização de atividades remotas.

Todavia, tantos foram as questões trabalhistas que surgiram, como exemplo, como que a suspensão das atividades afetaria os contratos de trabalho, principalmente quanto a remuneração salarial.

De acordo com Maurício Godinho Delgado:

> O contrato de trabalho é um negócio jurídico expresso ou tácito, na qual uma pessoa natural obriga-se perante uma pessoa natural, jurídica ou ente despersonificado, a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços (DELGADO, 2016, p.559).

Portanto, os contratos de trabalho foram os instrumentos jurídicos mais afetados no início da pandemia da covid-19, tendo em vista a situação de total atipicidade.

Buscando solucionar os problemas advindos da pandemia no âmbito trabalhista o Senado Federal ainda em 1° de abril de 2020 estabeleceu a Medida Provisória n° 936/20, a qual tinha como principal regra a redução de jornada e/ou a suspensão do contrato de trabalho.

Desse modo, o empregador poderia realizar a suspensão do contrato de trabalho por um prazo máximo de sessenta dias, podendo o ajuste ser feito de forma individual ou coletiva com os empregados.

Posteriormente, tal medida foi convertida na Lei 14.020/20 que tem por finalidade instituir o Programa Emergencial de Manutenção

do Emprego e da Renda. Além disso, outras modalidades de trabalho passaram a ser mais exploradas, sendo elas: o teletrabalho, o trabalho remoto e à distância.

Isto porque, todas essas modalidades tornaram-se de fácil acesso, tendo vista o suporte de informática que proporciona o compartilhamento de documentos e "encontros" por videoconferência, condições essas que tornam praticamente presencial o desempenhar das funções laborais de outro lugar diverso da sede física da empresa/companhia/escritório, entre outros.

5. DO AFASTAMENTO DAS ATIVIDADES PRESENCIAIS ESTABELECIDO PELA LEI 14.151/21

Com base na exploração das modalidades de trabalho anteriormente mencionadas, em 12 de maio de 2021 foi sancionada a Lei 14.151/21 que passou a garantir o afastamento presencial das trabalhadoras gestastes durante a pandemia da Covid-19, sem qualquer prejuízo salarial.

O projeto de tal dispositivo jurídico já tinha sido aprovado anteriormente em 15 de abril de 2021 pelo Congresso, sendo de autoria da deputada federal Perpétua Almeida (PCdoB-AC).

O art.1° do referido diploma legal prevê que: "Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração".

Portando, a lei tem por objetivo diminuir o risco de contágio das gestantes, assegurando que estas fiquem em casa, longe do ambiente de trabalho e sem deslocamentos desnecessários.

5.1 A DISPONIBILIDADE DE DESEMPENHAR FUNÇÕES À DISTÂNCIA E A VEDAÇÃO AO PREJUÍZO SALARIAL

Apesar da garantia assegurada no art. 1°, caput, da Lei 14.151/21, o parágrafo único aponta um requisito que deve ser preenchido, vejamos: "Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do *caput* deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância".

Porém, essa determinação gerou alguns questionamentos acerca da manutenção salarial e previdenciária da empregada afastada na hipótese das atividades da mesma não serem compatíveis com as modalidades de trabalho à distância, considerando que esse afastamento não se enquadra como benefício previdenciário ou assistencial.

Ou seja, nessa hipótese, a remuneração ficará a cargo do empregador, pelo menos até que seja iniciada a licença-maternidade, sendo o salário-maternidade, pago pela Previdência Social.

Ainda como ônus adicional para empregador, esse na maioria das vezes terá que contratar outro empregado para substituir a gestante em suas atividades enquanto durar seu afastamento, situação que dobrará os encargos trabalhistas nesse período.

Obviamente que se a gestante pode trabalhar nas modalidades acima mencionadas não há que se falar em inseguranças salariais, contudo, se a prestação de serviço laboral da gestante não for compatível com trabalho em seu domicílio, retornamos a injustiça de exigir do empregador que mantenha sozinho todas as despesas trabalhistas.

Dessa forma, podemos apontar que nessa situação o legislador foi omisso, deixando o encargo financeiro às custas do empregador.

Além do mais, considerando que os art. 1° e 2°, inciso I, da Medida Provisória n° 1046 de 27 de abril 2021 apontam a modalidade de trabalho à distância, como meio alternativo de trabalho, nada

mais justo determinar esse benefício de forma específica para as empregadas gestantes.

> Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores, durante o prazo de cento e vinte dias, contado da data de sua publicação, para a preservação do emprego, a sustentabilidade do mercado de trabalho e o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) relacionadas a trabalho e emprego.
>
> Art. 2º Para o enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) e a preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, entre outras, as seguintes medidas:
> I- o teletrabalho; (BRASIL, 2021).

Logo, é possível afirmar que a Lei 14.151/21 foi a solução encontrada para garantir que as empregadas gestantes mantivessem seus vínculos trabalhistas sem prejuízo salarial, de preferência à disposição do empregador e assim, mantendo o tempo de serviço remunerado, conforme determina o art. 4º da CLT.

5.2 DIFERENÇA ENTRE TELETRABALHO E HOME OFFICE

Os institutos do teletrabalho e do *home office* apesar de serem parecidos não se confundem, isto porque, o home office é considerado uma espécie do teletrabalho, mas nem sempre caracterizado como tal.

Geralmente as atividades do teletrabalho são exercidas em qualquer lugar diferente do local de trabalho e sem fazer jus do

benefício da hora extra, tendo em vista a ausência de controle de jornada do trabalhador.

Caso contrário acontece na modalidade do *home office*, sendo que este fica configurado quando o trabalho for realizado de forma remota nas dependências do empregado.

Contudo, quando o *home office* atender as duas condições existentes este será considerado teletrabalho.

Por exemplo, se o trabalho realizado em casa não se valer de uma tecnologia de informação e comunicação, não será caracterizado como teletrabalho, ante a ausência de um dos requisitos para ser considerado.

Nas palavras de Marcelo Mendonça:

> "... o Home office é o local, ambiente ou posto de trabalho, inserido no ambiente doméstico onde são desenvolvidas atividades de escritório, que se utilizam de equipamentos e tecnologias de informação e comunicação e são considerados como Home Officers, aqueles indivíduos cujas atividades englobem desenvolvimento de trabalho de escritório, com utilização de equipamentos e tecnologias de informação e comunicação, inseridas no ambiente da habitação, não diferenciando a condição de proprietário de empresa, profissional liberal ou funcionário, ..." (MENDONÇA, 2010, p.47).

Outra diferença é que não existem normas jurídicas gerais ou específicas para a modalidade do *home office*, sendo esse controlado pelas mesmas regras do trabalho presencial.

Enquanto no teletrabalho, devido a maior exploração da modalidade, bem como da flexibilização, surgiu a necessidade da criação de normas jurídicas específicas, sendo encontradas nos artigos 75-A à 75-E da CLT.

Sobre o teletrabalho, o autor Machado aduz:

> O teletrabalho compreende uma nova forma de flexibilizar o emprego típico, que provocou uma mudança radical nas relações de trabalho. O teletrabalho, ao contrário do trabalho em domicílio clássico, maximiza o uso de tecnologia da informação sem a qual não seria viável a sua organização. Além disso, um trabalho fora da empresa e também não prestado necessariamente na residência do trabalhador (MACHADO, 2009, p. 133).

Por fim, é importante ressaltar que algumas dessas diferenças apontadas entre as modalidades de trabalho são pontos de divergência na jurisprudência.

CONCLUSÃO

Em março de 2020 explodiu uma pandemia mundial, cujo vírus conhecido popularmente como Covid-19 foi disseminado rapidamente em todos os continentes, causando a contaminação de milhões de pessoas, bem como milhares de mortes diárias.

Atualmente, quase 15 meses após o início dessa pandemia, somente em território brasileiro são contabilizados 18 milhões de infectados e 500 mil mortes. Além desses números assustadores e chocantes, tantos foram os outros impactos que atingiram diretamente a todos.

Com isso, todos os setores foram severamente atingidos e tiveram que se adequar à nova realidade, com novas regras de convivência e as medidas de isolamento e prevenção.

De modo específico, podemos afirmar que o direito do trabalho foi fortemente impactado, tendo sido necessário recorrer a várias alterações, adequações e negociações individuais e coletivas, como recursos para salvar as relações de trabalho, bem como manter a saúde financeira da emprega, do empregador e do empregado.

Visando auxiliar esse período atípico, o Governo Federal, por meio de medidas provisórias, buscou criar alternativas viáveis para amparar os empregadores de modo que esses conseguissem manter seus empregados.

Ainda nesse cenário, outras medidas continuam a ser tomadas, uma vez que a pandemia perdura e as condições seguem em mutabilidade. Nesse sentido, em maio do presente ano foi promulgada a Lei nº 14.151/2021, que passou a regulamentar o afastamento de trabalhadoras gestantes de suas atividades presenciais, sem prejuízo salarial, desde que se mantenham a disposição do empregador via teletrabalho, trabalho remoto ou à distância.

Todavida, verificou-se a lacuna existente quanto da impossibilidade da empregada gestante desempenhar suas atividades à distância, ou seja, restou ao empregador o prejuízo de pagar as despesas salariais e benefícios, tendo em vista que esse afastamento não é considerado um benefício previdenciário.

Por fim, restou evidenciado a omissão e a carência da Lei 14.151/21 de regulamentar alternativas quando da impossibilidade da empregada gestante de realizar suas atividades à distância.

Restando como consequência para o empregador tanto a responsabilidade financeira correspondente a empregada gestante afastada, quanto as novas despesas trabalhistas advindas de uma nova contratação para substituir essa primeira.

REFERÊNCIAS

BLOG CORONAVIRUS. **Afinal, você sabe o que é coronavírus?** Disponível em: https://coronavirus.saude.mg.gov.br/blog/35-o-que-e-coronavirus. Acesos em: 21 de junho de 2021.

Entenda a importância do distanciamento social. Disponível em: https://coronavirus.saude.mg.gov.br/blog/108-distanciamento-social. Acesos em: 21/06/2021.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho de 2017.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1. Acesso em: 22/06/2021.

Medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) de 2021. Brasília, DF. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.046-de-27-de-abril-de-2021-316265470. Aceso em: 22/06/2021.

Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda de 2020. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm. Acesso em: 22/06/2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016

MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**. São Paulo: LTr, 2009.

MENDONÇA, Marcelo. **A inclusão dos "home offices" no setor residencial no munícipio de São Saulo**. 2010. Dissertação (doutorado em Área de Concentração: Tecnologia da Arquitetura) – Universidade de São Paulo. São Paulo, p47. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16132/tde-25112010-145910/publico/MARCELO_MENDONCA.pdf. Acesso em: 22/06/2021.

UOL. **Tire as principais dúvidas sobre covid-19, doença causada pelo coronavírus**. 2021. Disponível em: https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/01/25/tire-suas-principais-duvidas-sobre-o-coronavirus-que-se-espalha-pelo-mundo.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em: 21/06/2021.

TELEMEDICINA E O DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA PELA COVID19 E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS

Paulo Roberto Bastos Fontinha[50]
Aline Ferreira Souto[51]

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos têm possibilitado o exercício da Telemedicina para fins de promoção à saúde. Ela tem sido fundamental no enfrentamento da pandemia provocada pelo novo coronavírus (COVID-19) por permitir a aplicação de certas práticas e métodos eficazes para o exercício da medicina.

Frente a este novo cenário, inúmeras discussões e questionamentos foram levantados. O presente estudo tem por objetivo discorrer acerca da relação existente entre a telemedicina e o direito à saúde em tempos de pandemia ocasionada pela covid19 e ainda, sua relação com os direitos humanos.

Inicialmente buscou-se discorrer sobre o novo coronavírus e suas peculiaridades a fim de proporcionar um melhor entendimento sobre o presente estudo, além de servir como orientação aos pacientes que possuam os sintomas e dessa forma, evitar a proliferação do número de casos do vírus. Os meios empregados no atendimento aos pacientes e o combate do vírus, possuem íntima relação com o direito à saúde, o qual além de configurar uma cláusula Constitucional, é ainda assegurado por dispositivos Internacionais.

Houve ainda a necessidade de abordar sobre a aplicação da Telemedicina neste contexto de pandemia e algumas resoluções que regulamentam o exercício do teletrabalho visando uma forma eficiente de combate ao vírus buscando proporcionar além da diminuição dos casos, evitar a contaminação dos profissionais que encontram-se na

50 Acadêmico de Medicina – Universidade Federal Fluminense (UFF);
51 Mestra em Direito

linha de frente. A escolha do presente estudo se deu devido à atualidade do tema vivenciado de forma global e a necessidade de medidas aptas a coibir a proliferação da Covid-19.

A metodologia de pesquisa empregada é de cunho descritivo e bibliográfico. Foram utilizadas legislações pertinentes à temática e doutrinas com base em obras de autores especialistas no assunto.

2. COVID-19

Uma vez a cada geração, aproximadamente, surge um surto global (pandemia) de uma determinada doença, causando danos significativos a uma parcela da população mundial. Devido a isso, a maior parte das pessoas não viveu um desses eventos. Entretanto, em 2019, surgiu a terceira mutação documentada de um coronavírus, levando a um surto de síndrome respiratória aguda que ficou conhecido como COVID-19. Além deste, este vírus já havia causado dois outros surtos de síndrome respiratória aguda grave, em 2003 e em 2012 (PORTNOY; WALLER; ELLIOTT, 2020).

A COVID-19 é causada por um vírus respiratório que pode levar, em alguns indivíduos, a infecções sem quaisquer sintomas (assintomáticos). Este agente etiológico pode, ainda, levar ao desenvolvimento de sinais e sintomas semelhantes a uma gripe em casos leves a moderados ou evoluir para um quadro mais grave de Síndrome Respiratória Aguda, chamada SARS-COV-2. Em decorrência de sua alta infectividade, uma das principais preocupações é buscar alternativas para diminuir a sua transmissão e contágio. Essa estratégia é importante para evitar que os sistemas de saúde fiquem sobrecarregados com o excesso de pacientes a serem atendidos, podendo essa superlotação se tornar um entrave para que os cuidados adequados sejam oferecidos a aqueles que necessitarem (PORTNOY; WALLER; ELLIOTT, 2020).

Nesse contexto, é preciso destacar que pacientes com algumas comorbidades como asma, doença pulmonar obstrutiva crônica, hipertensão arterial sistêmica, imunodeficiência e obesidade, por

exemplo, possuem maior risco de desenvolver morbimortalidade em decorrência dessa infecção. No que tange à sintomatologia, é possível que muitos pacientes podem confundir quadros de COVID-19 com condições como rinite alérgica ou resfriado comum, uma vez que a sintomatologia destas condições podem ser semelhantes. Assim, é preciso que as pessoas sejam educadas e orientadas para reconhecer essas nuances, a fim de evitar que novos indivíduos sejam infectados (PORTNOY; WALLER; ELLIOTT, 2020).

Além disso, é preciso que os profissionais de saúde, por meio de triagem adequada, reconheçam os indivíduos assintomáticos ou com sintomatologia branda e que não necessitam de tratamento hospitalar, a fim de evitar a ocupação desnecessária de leitos de saúde e utilização de recursos limitados que seriam extremamente importantes para pacientes gravemente enfermos. É importante, também, que estes indivíduos mantenham-se isolados pelo tempo de duas semanas, a fim de evitar que este vírus seja transmitido a outras pessoas e, assim, a doença se espalhe ainda mais (ROCKWELL; GILROY, 2020).

No entanto, as estratégias de combate à transmissão do coronavírus fizeram com que surgisse um dilema relacionado às formas para sustentar a capacidade de oferta dos serviços de saúde não só para pacientes infectados pelo vírus causador da COVID-19, mas também para pacientes traumatizados e que sofrem de outras doenças agudas ou crônicas. Assim, fez-se necessário a reflexão a respeito de uma forma de promover cuidados em saúde que permitisse que alguns pacientes não se expusessem ao ambiente hospitalar de forma desnecessária, bem como proteger os médicos, enfermeiros e outros profissionais de saúde (BASHSHUR et al, 2020).

3. DIREITO À SAÚDE

A pandemia pela COVID-19 possibilitou um novo debate no que tange à prestação de serviços de saúde, uma vez que surgimento de um conflito entre os atendimentos presenciais e a prática do distanciamento social afeta significativamente o direito à saúde,

podendo impedir que alguns indivíduos tenham acesso a cuidados adequados. Devido a este cenário desafiador, foi necessário repensar certas práticas e formas de exercer a medicina, tendo a Telemedicina se mostrado uma ferramenta promissora para garantir a oferta dos cuidados em saúde no período da pandemia. Nesse contexto, faz-se necessário, portanto, retomar conceitos relacionados ao direito à saúde e abordar a base jurídica que tornou possível a prática do atendimento médico pelos meios digitais.

A atual Constituição da República na seção II também do Capítulo II discorre sobre o direito à saúde. De acordo com o artigo 196 deste capítulo, a saúde consiste em um direito de todos e configura um dever do Estado, sendo garantido a todas as pessoas por intermédio de políticas sociais e econômicas objetivando a diminuição do risco de doenças e de outros danos, assegura ainda o acesso de forma universal e igualitária às ações e serviços para sua promoção, recuperação e proteção (BRASIL, 1988).

Segundo o artigo 197, os assuntos referentes à saúde são de relevância pública e cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, acerca de sua regulamentação, fiscalização e controle, sendo feito seu desempenho diretamente ou mediante terceiros e ainda por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

Ademais, seu artigo 198 dispõe que:

> As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:(Vide ADPF 672)
> I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
> II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
> III - participação da comunidade.

Através dos dispositivos aqui mencionados, os quais são à base do direito à saúde, tal direito é de acesso universal, igualitário e de forma integral a todos. Esta última assegura que o direito a saúde não pode ser limitado, mas deve ser fornecido de forma completa, já sua aplicação de forma integral demonstra a preponderância do direito à vida aos interesses administrativos do Estado (DALLARI, NUNES JÚNIOR, 2010).

Nesse interim, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi idealizado para ser a ferramenta de acesso universal, igualitária e integral devendo seguir essas diretrizes sem estipular quaisquer limitações dirigidas a um determinado grupo de pessoas ou privilegiar interesses da administração pública em prejuízo do bem maior que é o direito à vida.

Segundo Rezende (2010), o conceito de saúde no âmbito internacional foi se ampliando com o passar do tempo, passando a abranger uma ideia que vai além da ausência de doença para um conteúdo positivo que se relaciona com a melhoria na qualidade de vida.

O acesso à saúde configura um direito social e encontra previsão no artigo 6º da Carta Magna em conformidade com a dignidade da pessoa humana, que configura um Fundamento da República.

O direito à saúde encontra amparo legal no artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de São Salvador" concluído em 17 de novembro de 1988 estabelece a universalidade do direito à saúde e também a necessidade de cooperação entre os Estados Partes na promoção deste direito de cunho singular.

O artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, delimita-se a análise de direitos sociais, econômicos e culturais frente a Corte Interamericana. Desta forma, a fim de ultrapassar tais barreiras, a Corte Interamericana acabou proferindo sua primeira decisão decorrente de uma violação autônoma do direito à saúde (SOUZA; DIAS, 2020).

A mencionada decisão foi resultado do caso Poblete Vilches Versus Chile em decorrência do descaso clínico sofrido pelo Sr. Poblete Vilches enquanto encontrava-se internado no Hospital Sótero del Río, em 17 de janeiro de 2001, no Chile. Devido às inúmeras omissões na esfera interna, o presente caso foi levado à Comissão Interamericana que, acabou por reconhecer as violações, emitindo parecer e encaminhou o caso ao tribunal. A Sentença teve como embasamento legal o art. 25.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o art. 10 do Protocolo de São Salvador e ainda própria Constituição Federal do Chile, país violador (SOUZA; DIAS, 2020).

É possível observar com a presente decisão que a Corte Interamericana está vigilante e atenta aos novos rumos que tem tomado a proteção aos direitos humanos, resultando no que seria um diálogo entre as ordens jurídicas, denominado por alguns juristas como ideário transconstitucional.

4. UTILIZAÇÃO DA TELEMEDICINA NO ACESSO À SAÚDE

Tradicionalmente, uma consulta médica é composta pela tríade "anamnese, exame físico e exames complementares" em uma prática integrada, complementar e de "carrossel" (LOPES et al. 2019), onde os resultados provenientes do exame físico, por exemplo, podem determinar o retorno à anamnese; quanto aos relatórios de imagem, estes por sua vez, podem impor que seja realizado outro exame físico, ficando sob gestão do médico a dinâmica entre essas ações ao longo do atendimento. Desta forma, o não cumprimento de uma destas etapas poderia afetar a qualidade do cuidado em saúde. Em razão disso, a prestação de atendimento virtual em saúde acaba por tornar-se tema de fundamental discussão entre diferentes pesquisadores da área da saúde e educação.

O campo das ciências biológicas como se encontra hoje, é fruto dos avanços tecnológicos. Algo que era impensado no passado devido à capacidade limitada do homem, hoje é possível devido aos degraus trilhados juntamente por ser humano e tecnologia.

A capacidade de criar aparelhos e máquinas cada vez melhores e capazes de executar trabalhos manuais em lugar dos seres humanos e até mesmo de pensar em seu lugar passou a ser possível com o desenvolvimento da inteligência artificial. Fenoll (2018, p. 20) descreve que:

> No existe um total consenso sobre lo que significa La expresión inteligencia artificial, pero si que podría decirse que describe la posibilidad de que las máquinas, em alguna medida, piensen, o más bien imiten el pensamiento humano a base de aprender y utilizar las generalizaciones que las personas usamos para tomar nuestras decisiones habituales.

Ao passo que novas necessidades surgiam no meio social, mais se pensava na inteligência artificial como um meio de facilitar a vida do homem, e assim, esta passou a ser utilizada na área da saúde, possibilitando o aperfeiçoamento, desenvolvimento e estudo de diversas doenças.

Segundo a Resolução 2.227/18, Telemedicina nada mais é que: "O exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, educação, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde" (BRASIL, 2018).

De acordo com o U.S. Department of Health & Human Services, pode-se definir Telemedicina como forma organizada e eficaz de desempenho a distância da Medicina com o objetivo de fornecer informações, tratamentos e diagnósticos aos pacientes. Tendo como base documentos ou outras fontes confiáveis de informação que são transmitidas através de recursos tecnológicos de comunicação. A abrangência da telemedicina vem crescendo nos últimos anos, desde então, tem sido possível a realização de teleconsulta, telediagnóstico e até mesmo telecirurgias robóticas. Vale destacar que esse avanço, o qual vem ampliando o conceito de saúde digital, deve preservar as

premissas milenares da arte médica, pautando-se sempre no melhor interesse do paciente.

As intervenções salutares pelos meios digitais não substituem os sistemas de saúde predominantes na atualidade, uma vez que ainda há limitações significativas no que tange às possibilidades de ação desta nova prática. Entretanto, desde que baseada na verificação de riscos, benefícios, aceitabilidade e viabilidade, a incorporação criteriosa da tecnologia neste contexto pode fazer com que ocorram melhorias na atenção à saúde (HIPPA) (LOPES; OLIVEIRA; MAIA, 2019).

Ao se aprofundar na questão envolvendo as normas direito fundamentais garantidoras do direito à saúde e a aplicação deste direito através da tecnologia de informação para o exercício da medicina, é de crucial importância que se discuta sobre a privacidade dos pacientes. Segundo Lopes, Oliveira e Maia (2019), a inviolabilidade da vida privada, no que diz respeito ao direito à saúde, é considerada parte indissociável também da caracterização do direito da dignidade da pessoa humana. Assim, a segurança da transmissão dos dados é fundamental para efetivação de qualquer programa de Telemedicina.

O sigilo médico no Brasil, além de um dever ético, é ainda uma imposição constitucional. Atualmente, a segurança dos dados tem sido uma preocupação dos protocolos internacionais que passaram a garantir a transmissão de forma segura. O Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPPA) possui um conjunto de normas que asseguram a segurança tanto dos dados transmitidos, como dos responsáveis por sua transmissão (LOPES; OLIVEIRA; MAIA, 2019).

5. REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO NO PERÍODO DE PANDEMIA

O Conselho Federal de Medicina (CFM), no dia 18.03.2020, veio a divulgar documentação pedindo uma maior atenção à saúde de médicos, enfermeiros, equipe de atendimento, alegando que "a força de trabalho nos hospitais, emergências e centros de saúde deve ser protegida, para aliviar a carga que recebem decorrente da superlotação

dos serviços pela COVID 19, somada às demais patologias usualmente encaminhadas aos serviços" (BRASIL, 2020).

Logo em seguida, foi encaminhado o ofício nº 1756/2020 – COJUR ao ministro de saúde à época Luiz Henrique Mandetta, o qual reconhecia a possibilidade de utilização dos recursos da telemedicina de forma excepcional durante o período de combate ao novo coronavírus nas seguintes formas: teleorientação, na qual o profissional da saúde orienta e encaminha o paciente ao isolamento (caso seja necessário); telemonitoramento, ato acompanhamento ou vigilância à distância; teleinterconsulta, tão somente para troca de informações entre médicos, fim de fim de prestar auxílio no diagnóstico ou terapêutico.

Além de tais medidas, a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 veio para dispor sobre as formas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Esta lei tem como objetivo, reduzir a propagação da COVID-19, com o intuito de proteger a população, o artigo 3º dispõe sobre as possíveis medidas a serem adotadas (BRASIL, 2020)

A fim de regulamentar tais medidas previstas no artigo 3º da mencionada Lei, foi promulgada a Portaria 467/20 que estabelece em seu artigo 2º que "as ações de Telemedicina de interação à distância podem contemplar o atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, monitoramento e diagnóstico, por meio de tecnologia da informação e comunicação, no âmbito do SUS, bem como na saúde suplementar e privada". Além disso, dispõe o parágrafo único do mesmo artigo, que o atendimento deverá ser realizado de modo direto entre médicos e pacientes através de tecnologia da informação e por meio de uma comunicação, assegurando a integridade, segurança e o sigilo das informações (BRASIL, 2020).

A referida portaria dispõe ainda que o atendimento realizado por médico ao paciente através da tecnologia da informação deverá ser registrado em prontuário clínico, devidamente preenchido a cada contato com o paciente, poderão ser emitidos atestados e receitas médicas em meio eletrônicos. Para a validade destas últimas, será

necessária a assinatura eletrônica (através de certificados e chaves), uso de dados associados à assinatura (havendo alguma alteração, a mesma será detectada), deve ainda conter a identificação do médico, associação de dados em formato eletrônico pelo médico, ser admitida como válida pelas partes ou aceita por quem for oposto o documento.

No caso dos atestados, deverá pelo menos conter a identificação do médico e CRM, identificação do paciente e seus dados, data e hora, tempo de duração do atestado. Sendo determinada a medida de isolamento do paciente, este deverá enviar o termo de consentimento livre e esclarecido e ainda termo de declaração, incluindo as pessoas que residem ou trabalham no mesmo endereço que o indivíduo infectado (BRASIL, 2020).

Dessa forma, o objetivo das ações da Telemedicina neste contexto de pandemia é fornecer um atendimento aos pacientes que carecem de cuidados médicos, porém, tomando as precauções para se evitar a propagação ou ao menos reduzir o contágio do novo coronavírus.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, foi possível verificar que a telemedicina tem sido de crucial importância para a efetivação do Direito à saúde em tempos tão difíceis como os vivenciados pela pandemia da Covid-19. Ela tem possibilitado o atendimento de uma forma segura, sem que haja exposição dos pacientes a riscos.

O atendimento dos pacientes possui o intuito de mitigar contágios e ainda o abarrotamento do Sistema de Saúde, a fim de evitar o prejuízo daqueles pacientes que de fato necessitem de tais atendimentos, como é o caso dos pacientes que possuem sintomas graves.

A fim de que se pudesse aplicar a Telemedicina da forma como tem sido utilizada na atualidade, houve a necessidade de criação de normas nacionais e internacionais que regulamentassem tal aplicação de forma que fosse possível garantir o atendimento, respeitando-se a dignidade da pessoa e também a proteção dos direitos do paciente como, por exemplo, o sigilo médico.

Ficou claro e evidente que esta modalidade da medicina é ainda um assunto muito controverso, visto que no passado já fora visto como algo contraditório, especialmente quanto ao Código de Ética por querer adotar medidas que feriam princípios basilares da profissão.

A importância do tema encontra-se inserida na necessidade de implantação de medidas urgentes que sejam capazes de conter ou ao menos minimizar os efeitos da COVID-19, de forma que se garanta a proteção da população mundial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Resolução 2.227/18.** Define e disciplina a telemedicina como forma de prestação de serviços médicos mediados por tecnologias. Disponível em:<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao222718.pdf>.Acesso em: 29 mai. 2020.

Dallari SG, Nunes Jr VS. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim; 2010. 68p.

CADH – Comissão Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 jun. 2021.

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y processo judicial.** Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid. 2018, p.20.

Resende NF. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. In: Bliancheriene AC, Santos JS (org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial.** São Paulo: Atlas; 2010.

SOUZA, Ana Paula; DIAS, Clara. **A Proteção Interamericana Do Direito À Saúde E O Novo Movimento Transconstitucional:** Um Diálogo Entre Ordens Jurídicas Nacionais E Internacionais. Disponível

em: < file:///C:/Users/Notebook/Desktop/monorafias/monorafias/Trabalhos%20Sandra/Artigo%20Gesiane%20-%20P1/11762-43435-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

U.S. Department of Health & Human Services. Health Insurance Portability and ccountability Act (HIPPA). Disponível em:

<https://www.hhs.gov/sites/default/files/ocr/privacy/hipaa/understanding/summary/privacysummary.pdf.>. Accesso em 06 maio 2021.

A PANDEMIA DO COVID-19 À LUZ DA VACINAÇÃO: UM DIREITO OU UMA OBRIGAÇÃO?

Laís Brexó Franchini [52]
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro [53]
Thuany Oliveira Guizeline Araújo [54]

INTRODUÇÃO

O direito coletivo a saúde, previsto no artigo 6º, da Constituição Federal, é considerado um direito social, estando previsto no artigo 196, do referido diploma legal, quando o mesmo é garantido como um direito de todos e como um dever do Estado, aplicado através de políticas sociais e econômicas. Tal tema encontra-se em voga no contexto hodierno, colocando em pauta a questão da obrigatoriedade ou da faculdade da vacinação contra o Covid-19, mais precisamente, se a citada vacina é uma escolha ou uma obrigação do cidadão.

Nesse prisma, como já salientado, o presente artigo visa analisar se a vacinação contra o Covid-19 é uma faculdade ou uma obrigação do indivíduo, frente a sua liberdade de escolha. Evidencia-se, portanto, de forma mais específica e com o intuito em viabilizar o alcance do grande escopo proposto, se a aplicação da vacina é algo compulsório, fazendo com que o Estado determine a sua aplicação obrigatória, bem como será apresentado também entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, acerca da referida temática.

52 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé. Graduanda em Administração pela Universidade de Franca/SP – Unifran. Email: lsfranquini@gmail.com

53 Professora do Centro Universitário Faminas-Muriaé. Mestra em Direito Processual pela UCP. Especialista em Processo Contemporâneo pela UFRRJ. Advogada. Email: thaysaaquino@hotmail.com

54 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Faminas – Muriaé/MG. Pós-graduanda em Ciências Criminais pelo Centro de Ensino Renato Saraiva (CERS). Email: thuoliveira15@hotmail.com

Para tanto, o método de pesquisa adotado é o teórico-jurídico com raciocínio dedutivo-argumentativo e técnica de pesquisa voltada para a leitura, primeiramente exploratória e, em segundo momento, seletiva, em acervo bibliográfico, bem como documental e sítios pertinentes quanto ao assunto constante do recorte desta pesquisa.

Desta forma, é sabido que cabe ao Estado através de todos os entes federativos dentro de suas competências, a adoção de políticas e mecanismos para a aceitação de todas as medidas necessárias para que a sociedade possa usufruir do acesso a saúde de forma ampla e irrestrita, principalmente no atual momento de enfrentamento ao Covid-19.

Ademais, almejando o objetivo principal do presente artigo, ressalta-se a importância de adentrar o direito coletivo a saúde, bem como seus preceitos acerca da vacinação compulsória, pois, é notório que para se atingir o máximo de efetivação do mencionado direito, é indispensável que os integrantes da sociedade brasileira conscientizem-se de seus papeis na batalha do Covid-19, de forma que a saúde do Brasil não pereça, e que não possua histórico negativo frente ao combate dessa pandemia.

2. DO DIREITO COLETIVO À SAÚDE

Como se sabe, são diversos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, contudo, o direito à saúde encontra-se entre os mais debatidos frente à pandemia do Covid-19.

É notório que anteriormente à promulgação da CRFB/1988, os serviços de saúdes eram apenas para grupos que tinham condições financeiras ou os que poderiam de alguma forma contribuir, de maneira que, as pessoas que não obtinham tal situação financeira, ficavam de fora de tal benefício.

No entanto, aduz-se que com a promulgação da Carta Magna, efetivou-se um marco histórico, gerando assim, a proteção constitucional à saúde a todos de forma coletiva. Ressaltando que este direito foi inserido no título que fora atribuído à ordem social,

objetivando de forma clara a justiça social e o bem-estar de todos os cidadãos, conforme expressa o artigo 6º da mencionada Carta, são direitos sociais fundamentais à saúde, educação, o trabalho, a segurança, o lazer, a proteção a maternidade, a infância e a previdência social.

Faz-se imprescindível destacar que os mesmos são indisponíveis, e que além disso, requerem dos governantes mínimos proveitos econômicos para assegurar no território nacional, a dignidade a cada cidadão.

Cabe também salientar o texto do artigo 196º da CRFB/88, o qual reconhece a saúde como um direito coletivo garantido através de políticas econômicas e também sociais, considerando-o uma obrigação do estado, o qual deve buscar reduzir riscos de doenças através de ações para a promoção desse direito, e medidas estatais fundamentais em prol de sua efetivação e proteção.

Nessa conformidade, enfatiza-se a importância da adoção de políticas públicas que busquem evitar o risco de agravos à saúde, e também a garantia de serviços assistenciais de acesso universal e igualitário, assegurando a todos, enquanto viés da dignidade humana, dimensões físicas, sociais e psíquicas saudáveis, atentando à saúde como bem coletivo e individual.Logo, é notório que a sociedade possui o direito de obter do Estado, devidas prestações positivas.

Nesse seguimento, Andreas J. Krell (2002, p.19-20), narra com clareza, que:

> *[...] os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público, certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que os individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir,*

> *executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas 'políticas sociais' (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos(KRELL, 2002, p.19-20).*

Neste diapasão, houve a criação de uma estrutura organizacionalatravés da Constituição Federal de 1988, com o finto de garantir o direito a saúde, a qual salienta a atuação do mencionado órgão administrativo, bem como, seus objetivos, sendo este o esboço do atual Sistema Único de Saúde (SUS). Partindo deste pressuposto, fora instituída a Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, a qual discorre sobre o funcionamento do SUS, além desta, destaca-se também a Lei Federal 8.142, de 28 de dezembro de 1990, a qual trata da participação da população na gestão deste sistema. Assim, a Carta Magna conferiu ao SUS, o método e a execução das políticas de proteção e promoção da saúde no país, através dos artigos 198 a 200.

Ao se tratar das políticas de prevenção impostas pelo Estado, faz-se imprescindível mencionar o princípio da segurança sanitária, uma vez que este gera uma imposição ao dever estatal de preservar a saúde de todos, de forma que estes não adoeçam por motivos evitáveis. Cabe salientar que o mencionado princípio é tido como instrumento fundamental para a égide da dignidade humana, e foi consagrado pela Constituição de 1988, por mencionar nos dispositivos constitucionais e legais, o dever Estatal de desenvolver políticas preventivas de saúde, que buscam à redução do risco de doenças.

Ademais, conforme abordado alhures, o artigo 200 da CRFB/1988, dentre as atribuições expressas para o SUS, elenca também as que possuem relações diretas com a segurança sanitária, ou seja, elucidaas competências relacionadas à vigilância sanitária, epidemiológica e também a do meio ambiente do trabalho, além das competências de fiscalização, prevenção e controle. Este princípio é relacionado com a necessidade de prevenção sanitária e epidemiológica de riscos de

diversas doenças, e também em relação ao controle dos serviços de interesse à saúde, tratamentos e produtos.

Conclui-se a respeito do mencionado princípio que,essa segurança sanitária garante que o Estado proteja e promova a saúde através das políticas preventivas, cabendo ressaltar que são diversas essas medidas que almejam evitar os riscos de agravos a saúde, doenças, pandemias, endemias, etc. Sendo efetivadas através de consulta médicas, internações, ou fornecimento de medicamentos e outros insumos, assim como a vacinação, etc. Sendo esta última medida, uma das mais importantes para o bem coletivo, vez que o princípio determina o dever de vacinar coletivamente a população ao Estado, vez que, é imprescindível salientar que de acordo com o presente princípio, não admite-se inercia na aquisição e na aplicação da vacinação em tempos de pandemia e epidemias.

A respeito da vacinação, sabe-se que além de ser uma medida de prevenção a agravos da saúde e morte, as vacinas são aliadas da sociedade, e objetivam proteger o corpo humano, ressaltando que essa não beneficia somente quem recebe a dose, ela beneficia toda a população. As vacinas tidas como medidas preventivas de políticas estatais, são oferecidas gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), em mais de 40 mil unidades básicas em todo o Brasil, assim, aduz que a vacinação é um direito fundamental social impostergável, o qual exige consequentes esforços do Poder Público.

A vacinação possui previsão legais, tanto constitucional, como em outros dispositivos. Elucida-se que a Constituição Federal de 1988, permite a criação de mecanismos para obrigar as pessoas a se vacinarem através do governo. É importante lembrar que a depender do caso, a justiça se pauta por dois direitos, sendo eles, a saúde pública e a liberdade individual, contudo, em casos de pandemias e epidemias, as quais são ameaças claras à saúde pública, o direito a saúde pública prevalece, ou seja, o direito coletivo sobressai sob o individual, como por exemplo no momento atual do mundo, a pandemia Covid-19.

Nesse rumo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), também prevê em seu texto legal, precisamente em seu artigo 14, § 1º os

jovens de até 18 anos de idade, devem ser vacinados obrigatoriamente quando há recomendação das devidas autoridades sanitárias, sendo penalizados aqueles que descumprirem a mencionada lei.

Ainda cabe evidenciar que, como mencionado alhures, são diversos os dispositivos legais brasileiros que permitem a obrigatoriedade da vacinação, como também uma lei assinada pelo atual Presidente da República em fevereiro deste ano, a Lei 13.979, a qual permite autoridades a tomar diversas medidas em tempos de emergência de saúde pública de importância internacional, como a vacinação compulsória.

3. DA VACINAÇÃO: UM DIREITO OU OBRIGAÇÃO?

Alguns doutrinadores sustentam que os direitos civis seriam direitos de não intervenção, não podendo, assim, o Estado intervir na liberdade do indivíduo. Já os direitos sociais seriam direitos de prestação, por meio dos quais Estado deveria prover bens e serviços à população.

Assim, como forma de garantir o exercício dos direitos políticos, o Estado deveria estruturar o Poder Judiciário, isto é, prover bens públicos relacionados aos direitos civis, como também aqueles relacionados aos direitos sociais.

Vale ressaltar que os direitos sociais, em específico o direito à saúde, comporta uma dimensão negativa, ou seja, que não exige a interferência estatal.

Ingo Sarlet, analisando o direito à saúde (2007, p. 08) afirma que ele é uma norma jusfundamental constituindo, além do direito prestacional que impõe ao Estado a realização de políticas públicas, um direito de defesa, afastando-se, assim, quaisquer intervenções estatais indevidas na integridade do indivíduo.

> Os deveres fundamentais, por sua vez, são também de extremo relevo, pois imprescindíveis para a garantia dos direitos fundamentais. A ideia de dever

> fundamental, via de regra, advém da concepção prévia de determinado direito fundamental, como comportamento obrigatório por parte do Estado ou de particulares, em casos específicos e expressos – para que o direito ao qual se vincula possa ser realizado, ainda que potencialmente. Alguns encontram-se expressos na própria Constituição (por exemplo, dever de alistamento obrigatório), outros são decorrentes do texto constitucional, ainda que implícitos.

Segundo Sarlet e Figueiredo (2008), no que tange ao direito à saúde, faz-se importante mencionar dois pontos. O primeiro deles é que podem impor obrigações de caráter originário, como, por exemplo, as políticas públicas de implementação do Sistema Único de Saúde (SUS) e o dever geral de respeito à saúde dos indivíduos. O segundo ponto diz respeito à titularidade desses deveres, uma vez que, embora o Estado seja o titular de maior parte deles, tal fato "não afasta uma eficácia no âmbito privado, sobretudo em termos de obrigações derivadas" (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 7).

Segundo Sarelet e Figueiredo, a noção de deveres fundamentais está em consonância com o Princípio da Solidariedade, haja vista que toda sociedade é também responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um(SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 7).

> Nessa linha, pode-se afirmar que, a partir da classificação de Dimoulis e Martins (2011), a saúde revela-se como um dever explícito não autônomo, de acordo com o que foi expresso nos artigos 196 e 198 – este, que ordena a estruturação do Sistema Único de Saúde – da Constituição Federal. Para Sarlet e Figueiredo (2008), da mesma forma, a saúde também se trata de um dever, mas classificado como autônomo e dirigido aos particulares – por exemplo, o dever de respeito às normas da Agência

> Nacional de Vigilância Sanitária e, como já dito, às regras de vacinação impostas pelo Ministério da Saúde.

Percebe-se que em relação ao direito à saúde, as duas dimensões que o integram estão em constante tensão, pois a dimensão positiva exige uma atuação estatal, com o cumprimento de deveres fundamentais, de titularidade do Estado, como por exemplo, o dever de fornecer medicamentos, mas também de titularidade dos indivíduos. Entre esses deveres de titularidade dos particulares, encontra-se o dever de vacinação.

Segundo Novais

> A vacinação revela-se, pois, como dever constitucional decorrente do direito fundamental à saúde, dirigido ao Estado. Por exemplo, ainda que haja um indivíduo que se esquive da vacinação, ele próprio, bem como todos os outros, são titulares do direito à saúde, que o Estado deve respeitar, proteger e promover. As pessoas têm direito a uma situação de saúde pública adequada, e, por esse direito, cada sujeito tem o dever de ser imunizado – ainda que isso constitua uma limitação à dimensão negativa do direito à saúde. (NOVAIS, 2010, p.)

Com base nesses e em outros fundamentos constitucionais, foi publicada a Lei n. 13.979, de 06, de fevereiro de 2020, que determinou a vacinação como compulsória:

> Art. 3: Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: III – determinação de realização

> compulsória de: d) vacinação e outras medidas profiláticas.

Por fim, vale ressaltar que a obrigatoriedade da vacinação não significa vacinação forçada e que a Lei 13.979/20 foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

4. DA COMPULSORIEDADE DA VACINA E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O tema tratado no presente artigo é bastante controvertido, justamente por apresentar posicionamentos distintos, como exposto anteriormente. Em decorrência disso, o Supremo Tribunal Federal, apresentou entendimentos em relação ao mesmo, apreciando se a vacinação contra a Covid-19 é uma obrigação ou um dever do cidadão, consolidando a partir de então, teses, que geraram embasamento para uma possível atuação do Poder Público.

Partindo desse pressuposto, é imprescindível considerar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da compulsoriedade da vacina contra o Coronavírus como sendo algo constitucional, bem como se posicionou favoravelmente à realização de campanhas locais de imunização pelos entes federativos, melhor dizendo, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, facilitando o incentivo ao acesso à vacina.

Dessa forma, salientou o Plenário do citado Tribunal que "o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020. De acordo com a decisão, o Estado pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Também ficou definido que os estados, o Distrito Federal e os municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação" (STF, 2020, online).

Cita-se ainda que o entendimento exposto anteriormente foi consolidado no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, tendo como relator o ministro Ricardo Lewandowski. Tais ações possuíram como objeto a decisão acerca da obrigatoriedade da vacina contra a Covid-19, assim como o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, que teve como objeto a verificação da recusa à imunização por motivos filosóficos ou religiosos.

O acórdão da ADI 6586 e 6587 expõe de forma clara o entendimento do STF em relação ao que seria compulsoriedade da vacina, levando-se em consideração o respeito à dignidade da pessoa humana, assim como critérios de proporcionalidade e razoabilidade, firmando em Sessão Plenária, sob a presidência do Ministro Luiz Fux, o julgamento, através da maioria a procedência parcial das referidas Ações Diretas de Constitucionalidade, conferindo interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020: "(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência." (STF, Rel.: Min. Min. Ricardo Lewandowski, 2020).

Diante disso, pondera-se que segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a vacinação deve sim ser obrigatória, ou melhor, imposta perante a população, mas deve-se levar em

consideração a forma desta imunização, ou seja, que não sejam introduzidas mediante força ou violência, mas sim, através de medidas restritivas indiretas, como as salientadas anteriormente.

No tange ao julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1267879, que tem como objeto à possibilidade de recusa à imunização em razão de questões filosóficas, religiosas, morais, existenciais, pelos genitores para com seus filhos menores de idade, no dia 17/12/2020, foi fixada uma tese, mediante unanimidade, negando provimento ao mencionado recurso, decidindo que «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." (STF, Rel.: Min. Roberto Barroso, 2020).

Diante do exposto, é necessário reafirmar que os posicionamentos consolidados pelo Supremo Tribunal Federal, demonstram a preocupação, a sobreposição do interesse coletivo sobre o individual, mais precisamente, a saúde coletiva, que é um direito, isto é, um acesso a todos aos seres humanos em prol de interesses particulares com a finalidade de atingir a imunização em rebanho, uma vez que, como no presente caso, a imposição da vacina visa à erradicação de uma doença devastadora que é responsável por tirar a vida de milhares de pessoas em âmbito mundial.

O Ministro Luís Roberto Barroso, relator do citado Recurso Extraordinário se posicionou acerca da prevalência do interesse público sobre o particular da seguinte forma "que, embora a Constituição Federal proteja o direito de cada cidadão de manter suas convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais, os direitos da sociedade devem prevalecer sobre os direitos individuais. Com isso, o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas, mesmo contra sua vontade - como, por exemplo, ao obrigar o uso de cinto de

segurança. Para Barroso, não são legítimas as escolhas individuais que atentem contra os direitos de terceiros. Ele lembrou que a vacinação em massa é responsável pela erradicação de uma série de doenças, mas, para isso, é necessário imunizar uma parcela significativa da população, a fim de atingir a chamada imunidade de rebanho. O ministro também manifestou- se pela constitucionalidade da vacinação obrigatória, desde que o imunizante esteja devidamente registrado por órgão de vigilância sanitária, esteja incluído no Plano Nacional de Imunização (PNI), tenha sua obrigatoriedade incluída em lei ou tenha sua aplicação determinada pela autoridade competente."(STF, Rel.: Min. Roberto Barroso, 2020)

Da mesma forma, o Ministro Alexandre de Moraes demonstrou entendimentos acerca da obrigatoriedade da imunização em prol da saúde coletiva, sendo portanto, "uma obrigação dupla: o Estado tem o dever de fornecer a vacina, e o indivíduo tem de se vacinar", assim como o ministro Edson Fachin, salientou que "nenhuma autoridade ou poder público pode se esquivar de adotar medidas para permitir a vacinação de toda a população e assegurar o direito constitucional à saúde e a uma vida digna. "A imunidade coletiva é um bem público coletivo" (STF, 2020, online).

Sendo assim, é extremamente importante diferenciar a obrigatoriedade da vacina, isto é, a compulsoriedade da vacinação forçada, como menciona o Ministro Ricardo Lewandowski, uma vez que, apesar da vacinação ser algo que contribui para a erradicação da Covid-19, não podem ser utilizadas medidas violentas para a realização da imunização, mas sim medidas que não sejam invasivas ou até mesmo coativas, devendo ser analisada a vontade, ou seja, o consentimento daquele que irá receber a vacina, levando-se em consideração o direito de liberdade do cidadão, a integralidade física e moral do mesmo.

Em decorrência disso, cita-se a tipo de exemplificação a existência de diversas medidas que poderão ser adotadas pelas autoridades no âmbito de suas competências, expostas no artigo 3º, da Lei nº 13.979/2020, para o enfrentamento de emergência de saúde pública de

importância internacional, que visa combater o Coranavírus, devendo as mesmas serem impostas de forma estratégica, visando em primeiro lugar a saúde, como salientado pelo §1º, do citado artigo, conforme se analisa a seguir:

> §1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública (Brasil, 2020).

Por outro lado, destaca-se ainda a questão da competência dos entes federativos no que diz respeito ao Programa Nacional de Imunização, tendo em vista que o Ministério da Saúde é competente para coordená-lo, sendo ainda responsáveis em estabelecer medidas que visam combater a Covid-19, os Estados, Distrito Federal e também os Municípios. Tal fato foi relatado no julgamento das ADI's 6586 e 6587, manifestando o relator Min. Ricardo Lewandowski, pela "competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de "cuidar da saúde e assistência pública" que lhes é outorgado pela Constituição Federal (artigo 23, II, d). Todas as medidas que vierem a ser implementadas, em qualquer nível político-administrativo da Federação, para tornar obrigatória a vacinação, respeitadas as respectivas esferas de competência, devem derivar, direta ou indiretamente, da lei."

Isso posto, pondera-se que é evidente a atuação do Supremo Tribunal Federal em prol da saúde coletiva, enfatizando que esta se encontra em posição superior aos direitos individuais, isto é, dos particulares, uma vez que a prioridade da imunização é algo que irá

garantir o bem estar público, comunitário, social. Além disso, no que se refere às incontroversas jurídicas, diante de tamanhas contradições e posicionamentos opostos em relação ao tema, a concretização de entendimentos do STF, garantem a segurança jurídica à população, bem como, ao Poder Público de atuar, impondo medidas que visem extinguir um vírus tão letal e devastador, como a Covid-19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito coletivo à saúde, previsto no artigo 6º, da Constituição Federal, é considerado um direito social, estando previsto no artigo 196, do referido diploma legal, quando o mesmo é garantido como um direito de todos e como um dever do Estado, aplicado através de políticas sociais e econômicas. Tal tema encontra-se em voga no contexto hodierno, colocando em pauta a questão da obrigatoriedade ou da faculdade da vacinação contra o Covid-19, mais precisamente, se a citada vacina é uma escolha ou uma obrigação do cidadão.

Em decorrência disso, o Supremo Tribunal Federal, apresentou entendimentos em relação ao mesmo, apreciando se a vacinação contra a Covid-19 é uma obrigação ou um dever do cidadão, consolidando a partir de então, teses, que geraram embasamento para uma possível atuação do Poder Público.

Partindo desse pressuposto, é imprescindível considerar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da compulsoriedade da vacina contra o Coronavírus como sendo algo constitucional, bem como se posicionou favoravelmente à realização de campanhas locais de imunização pelos entes federativos, melhor dizendo, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, facilitando o incentivo ao acesso à vacina.

Dessa forma, salientou o Plenário do citado Tribunal que "o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020. De acordo com a decisão, o Estado pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento

de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Também ficou definido que os estados, o Distrito Federal e os municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação" (STF, 2020, online).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. IBDFAM. Vacinação compulsória é constitucional, decide STF. Disponível em: https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/8076/Vacina. Acesso em: 19 de junho de 2021.

BRASIL. Lei 13.979, de 06 de fevereiro, de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm.Acesso em: 20/06/21.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. STF. **Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional.** Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias. Acesso em: 19 de junho de 2020.

BRASIL. STF.**Relator considera legítima vacinação compulsória, desde que sem medidas invasivas.** Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe. Acesso em: 30 de maio de 2021.

FARINHAS, Gisele. **Comentários às recentes decisões do STF sobre a vacinação obrigatória no Brasil.** Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/339886/recentes-decisoes-do-stf-sobre-a-vacinacao-obrigatoria-no-brasil. Acesso em: 10 de junho de 2021.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, pp. 19-20.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. **Teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Organização Mundial da Saúde. **Draft landscapeof COVID-19 candidate vacines**. 2020 [Acesso em 24 de jun.2021]. Disponível em https://www.who.int/publications/m/item/draft-landscape-of-covid-19-candidate-vaccines.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 11, p. 1-17, set./out./nov. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

VALENTE, Fernanda. **Vacinação compulsória é constitucional**. Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-dez-17/stf-decide-vacinacao-obrigatoria-constitucional. Acesso em: 12 de junho de 2020.

O MERCADO INOVADOR DAS STARTUPS: MODELO DE NEGÓCIO, CAPTAÇÃO DE RECURSOS, REDES DE APOIO E ECOSSISTEMA EMPREENDEDOR

Michelle Vieira Sobral[55]

INTRODUÇÃO

É sobre sentir na pele os desafios de empreender um negócio inovador e disruptivo que vamos falar aqui. No meu caso, primeiro encontrei o problema, em seguida, a ideia, e somente após me aprofundar na matéria descobri que estava diante da criação de uma startup.

Foi durante uma partida de futebol, na escola do meu filho caçula, que alguém me disse: " Tudo será robotizado...A advocacia também vai deixar de existir!" Fui pra casa com aquela frase ecoando na minha mente. Como advogada, não poderia escutar aquilo sem sentir no fundo um pouco de preocupação. Como tudo aquilo que sonhei poderia deixar de existir? Que solução poderia dar ao iminente problema daquela classe de profissionais que já enfrentam tantas dificuldades diante de um mercado de trabalho altamente competitivo e de um judiciário caótico? De que forma poderia usar aquilo em nosso favor? Senti certa inquietação.

Passei dias pensando e cheguei à conclusão de que, se não poderia barrar a evolução tecnológica, precisava aliar-me à ela!

Foi no dia 15 de abril de 2019, ainda antes de levantar-me, que tomei aquele susto, a solução para o problema surgiu na minha mente como um sopro, foi aí que despertou em mim a " Paixão das Startups",

55Advogada graduada pelo Centro Universitário Jorge Amado (2005). Pós Graduada em Direito da Tecnologia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Comissão Especial de Direito Digital da OAB/BA. Advogada, sócia do escritório Vieira Sobral Advocacia. Ceo e Founder da InovaJud Plataforma Advocacia Digital. E-mail: michellevieiraadv@gmail.com

esse mundo fascinante, cujo combustível é a sede de fazer dar certo e a certeza de que você tem o poder de contribuir com o social.

Assim surgiu a InovaJud, a primeira plataforma de advocacia 100% digital e gratuita do Brasil, cujo propósito é conectar advogados parceiros e usuários, que buscam a comodidade de resolver os seus problemas jurídicos sem precisar sair de casa ou de onde estiverem.

Para criar uma startup, é necessário inicialmente enxergar a necessidade da sociedade, identificar a solução e o público alvo. Uma outra iniciativa importante é analisar se há concorrência, com produtos similares e em quais aspectos a startup pode inovar. , esses foram os primeiros passos da InovaJud!

A InovaJud pode atender, de um lado, a necessidade dos 1,5 milhão de advogados existentes no Brasil, democratizando o acesso à profissão, já que muitos desistem de exercê-la, por não terem oportunidade num mercado de trabalho altamente competitivo, por não poderem arcar com os altos custos de um escritório e/ou por não terem acesso a clientes e demandas.

Por outro lado, a InovaJud, democratiza a advocacia, tornando-a mais acessível, prática e dinâmica, sem falar na valorização do tempo das pessoas, já que os usuários podem contratar um advogado de onde estiverem, sem precisar arcar antecipadamente com os honorários advocatícios, bem como sem precisar se deslocar para entregar e assinar documentos, podendo ainda acompanhar as informações do seu processo em tempo real. Com a InovaJud, os problemas se resolvem em apenas um clique, do lugar e no momento que o problema surge!

Para criar um modelo de negócio inovador, deve-se aferir o potencial de execução das atividades da empresa, que deve ser repetível e escalável, além da sua capacidade de crescimento e lucratividade exponenciais, computando-se os investimentos iniciais e estudando as possibilidades futuras de captação de recursos.

Não só todo o aprendizado adquirido na especialização no Curso de Especialização em Legal Tech: Direito, Inovação e Startups, mas todas as experiências vividas ao longo da criação e desenvolvimento da Startup InovaJud serão fundamentais no estudo de caso, onde

vou orientar João Alberto, Malu Dias e Andreia Barreto, para que consigam escolher e avaliar o melhor modelo de negócio, os tipos de investimentos e desinvestimentos, a necessidade e o momento de participarem de programas de incubação ou aceleração, bem como a importância do ecossistema empreendedor.

2. DO CONCEITO DE STARTUPS E A DIFERENÇA PARA AS EMPRESAS TRADICIONAIS

O avanço da tecnologia aliado as consequentes alterações do mercado de trabalho têm favorecido cada vez mais o surgimento e crescimento de empresas inovadoras e tecnológicas, estimuladas pelos novos modelos de negócio e um perfil de consumidor que busca cada vez mais comodidade e praticidade.

Nesse cenário, empresas tradicionais e profissionais de todas as áreas tendem a ter como única alternativa se readaptar a essa nova tendência, cuja resistência certamente custará o seu sucesso.

O empreendedor se encontra num contexto mercadológico em constante mutação, num modelo caótico de globalização e diante de avanços sociais e tecnológicos, que exigem produtos que apresentem novas soluções, de modo que esse contexto em que está inserido exerce um papel fundamental na criação das Startups, conforme Figueira *et al* (2017):

> Economia globalizada, consumidores mais exigentes e mudanças tecnológicas são exemplos de fatores que vêm influenciando o ambiente de negócios, tornando-o um cenário de competitividade, incerteza e complexidade e incentivando a busca contínua pelo desenvolvimento tecnológico. (FIGUEIRA et al, 2017, p. 57)

As startups são empresas inovadoras que adentram no mercado e usufruem de uma carência identificada da sociedade, buscam grandes lucros, num pequeno espaço de tempo e podem aumentar a sua produtividade sem que isso repercuta proporcionalmente no aumento dos seus custos.

Já as empresas tradicionais surgem no mercado pela necessidade do empreendedor, visam o retorno do capital investido e a sobrevivência frente a concorrência, haja vista que, nesse caso, estamos tratando de negócios já validados, disponíveis no mercado pelos concorrentes, o que oferece menor risco e incerteza.

Por outro lado, no mercado das startups os empreendedores já estão dispostos a lhe dar com as incertezas e constantes mudanças de estratégias exigidas pelo mercado, buscando sempre soluções rápidas, sem equipe organizacional definida e com perspectiva de crescimento exponencial.

Nas empresas tradicionais existem um maior rigor do ponto de vista financeiro, possui maior previsibilidade, com uma demanda já atendida, que já possui um público alvo, uma estrutura hierárquica e organizacional, possuindo lento crescimento.

As empresas inovadoras são de extrema importância no desenvolvimento econômico social, haja vista ter como objetivo, atender uma necessidade, contribuindo para o crescimento do empreendedorismo na sociedade.

Enquanto que empresas tradicionais se estabelecem dentro de um mercado consolidado, mais estável e previsível, oferecendo produtos testados e validados, cujo modelo de negócio já existe, as startups oferecem produtos e serviços inovadores, disruptivos, que sequer foram testados, atuando num ambiente de extrema incerteza, de forma escalável e repetível.

O desenvolvimento das empresas tradicionais envolve custos, análise de mercado, formação de equipe, dentre outras questões relacionadas ao negócio em si, já as startups, além de envolverem todas essas questões, temos como agravante o fato de estarmos tratando de um produto novo, que será submetido a várias experiências até atingir

o modelo ideal, num mercado dinâmico e necessariamente flexível, onde os empreendedores precisam habilidade para errar rápido e pivotar, já que o produto ainda não foi experimentado, o que exige mudanças muitas vezes abruptas, onde a meta de resultados demanda rápido crescimento e lucratividade.

2.1 DO CRESCIMENTO DAS STARTUPS NO BRASIL

No Brasil, houve um grande avanço com o número de startups, que cresceu 20 vezes nos últimos oito anos, dando um salto de 207% no período de 2015 a 2017, atingindo uma média de 26,75% ao ano, totalizando mais de 12 mil startups. Hoje, o Brasil já é destaque, ocupa o top 10 no cenário internacional e possui um total de 11 unicórnios, além de muitas em fase de potencial crescimento.

Segundo relatório da *The Global Startup Ecosystem Raking* (GSER), estudo mundial sobre startups, de maio de 2019, lançado anualmente em Genome, São Paulo está entre os trinta ecossistemas mais promissores do mundo.

O crescimento das startups não só no Brasil, mas no mundo tem sido consequência da evolução da tecnologia, o que tem refletido diretamente na mudança de comportamento das pessoas e diminuição do ciclo de vida dos produtos decorrentes das exigências do mercado, onde, através da tecnologia, profissões deixam de existir e tantas outras modalidades surgem de forma inovadora e disruptiva.

Se de um lado temos a redução do ciclo de vida útil dos produtos, do outro temos o surgimento de novos produtos e tecnologias que estão aliados a um público cada vez mais exigente e que busca produtos que ofereçam uma maior comodidade e praticidade, cuja tendência cresceu de forma exponencial no último ano por conta da necessidade das pessoas buscarem soluções, produtos e serviços, sem sair de casa.

É a partir desses conceitos que vamos fazer uma análise de caso para identificar os aspectos relevantes para a escolha e desenvolvimento do tipo de negócio, que deverá desenvolver estratégias que possibilitem

enfrentar a incerteza e reduzir os riscos inerentes às startups, onde o empreendedor deve ser visionário desde o surgimento da idéia, identificando a dor da sociedade, o caráter inovador, a singularidade do negócio, a viabilidade financeira, capacidade de escalabilidade até a execução e validação do produto.

Analisar os tipos de investimentos, buscar redes de apoio e a adentrar no ecossistema empreendedor também podem ser decisivos.

2.2 O MERCADO DAS STARTUPS E A ESCOLHA DO MODELO DE NEGÓCIO IDEAL

Apesar das startups atuarem, muitas vezes, na informalidade, a sua criação ainda exige certa burocracia e formalidade.

O primeiro momento da formação de uma startup passa por diversos aspectos: conhecimento da necessidade de mercado, sintonia entre fundadores, formação de equipe para execução do projeto, disponibilidade de capital inicial, sem falar em avaliar a necessidade de se formar uma empresa juridicamente constituída e de elaboração de contrato social com direitos e obrigações, escolhendo o tipo de sociedade que melhor se adequa ao caso concreto.

Porém, quando o assunto é o desenvolvimento da idéia, para Eric Ries, autor do livro Startup Enxuta, a criação da startup abandona parâmetros convencionais da criação de uma empresa tradicional, eliminando a previsibilidade e o excesso de burocracia do modelo desenvolvido.

Partindo do pressuposto que startup é um modelo de negócio inovador é fácil perceber que a simples elaboração de um plano de negócios tradicional, com etapas, custos e metas não são suficientes para se desenvolver o modelo ideal de negócio, até porque quando se trata de um modelo que estréia no mercado empreendedor, num cenário de extrema incerteza e alto risco, não podemos falar em previsibilidade, o que, por si só, já dificulta e até impossibilita a elaboração de um plano de negócios executável.

É importante saber que o modelo das startups é inovador, logo necessita de constantes avaliações, tornando necessário o desapego ao modelo inicial e a consciência de que é necessário pivotar sempre que necessário e errar rápido, ou seja, buscar soluções imediatas para os problemas encontrados.

Segundo Ries (2012, p. 14) , a atividade fundamental de uma startup é transformar idéias em produtos, medir como os clientes reagem, e, então, aprender se é o caso de pivotar ou perseverar. Todos os processos de startup bem-sucedidos devem ser voltados a acelerar esse ciclo de *feedback*.

Para Ries, para alcançar a visão de startup, deve-se empregar uma estratégia, que inclui um modelo de negócios, um *plano* de *produto*, um ponto de vista acerca dos parceiros e dos concorrentes, e as idéias de quem serão os clientes. O *produto* é o resultado final dessa estratégia.

O mercado das startups opera com muita incerteza, estratégias e pesquisas de mercado tradicionais não são garantia de sucesso. Para esse tipo de negócio, ao invés de se elaborar planos longos e complexos, é muito melhor executar planos simples e curtos, passíveis de periódica e criteriosa análise, ouvindo e coletando informações de maneira mais próxima do pretenso cliente.

No caso das startups, para se definir o modelo de negócio e verificar a sua perspectiva de sucesso, deve-se perguntar: Realmente existe um problema, uma lacuna na sociedade que aguarda uma solução? Qual seria a solução para aquele problema? As pessoas estão dispostas a pagar por esta solução? Qual o potencial de lucratividade da Startup? Consegue produzir de forma escalável?

Diante dessas respostas, haverá ainda a necessidade de saber se as pessoas usariam e o que levariam as pessoas a utilizarem aquele produto, indicando-o para amigos e familiares. Esse seria um indicativo importante para se mensurar o seu potencial de lucratividade.

2.3 PRINCIPAIS FONTES DE INVESTIMENTOS PARA A FASE INICIAL DE UM NEGÓCIO

2.3.1 SEED CAPITAL

O capital semente é a primeira rodada de investimento da Startup, cujo investimento visa arcar com as despesas iniciais do negócio, que ainda está na fase de implementação, porém com produto já lançado e com pouco faturamento, geralmente incubadoras, até que se torne sustentável.

A startup está com o seu produto no mercado, já começa a dar os primeiros sinais de sucesso, com a perspectiva de escalável lucratividade, o que desperta interesse nos investidores através de fundos de investimento.

Já existe mentoria, networking, clientes fiéis, porém, é necessária a finalização do capacitação gerencial e financeira, plano de negócios, pesquisas de mercado, formação de equipe, para que haja o avanço alcançando a estabilidade da startup.

Esse tipo de investimento visa dar suporte às despesas iniciais da startup, promovendo um ambiente tranquilo para se desenvolver melhor o produto, oferecendo a sua estabilidade até que adquira a escalabilidade.

Trata-se de um investimento realizado por investidores (grandes capitalistas) ou grupo de investidores a longo prazo que formam fundos de investimentos que podem chegar a 5 milhões de reais.

Para se viabilizar esse tipo de investimento é necessário possuir uma startup em estágio inicial, participar de eventos e conviver em ambientes que ampliem sua rede se contatos.

O investimento através do modelo capital semente é arriscado, normalmente disponibilizado por pessoas que conhecem as habilidades do empreendedor e acreditam no sucesso do negócio, sendo aportado na fase inicial da ideia.

Alguns exemplos de fundos de capital semente são criatec, iniciativa do BNDS e cogerido pela Antera Gestão de Recursos SA e a INSEED Investimento Ltda, do grupo Instituto Inovação e a Confrapar, que administra fundos de investimentos para empresas de tecnologia.

2.4 PRINCIPAIS FONTES DE INVESTIMENTO COM CAPITAL PRÓPRIO (BOOSTRAPPING) OU SUBSIDIADO (POR TERCEIROS OU PELA OPERAÇÃO DA EMPRESA):

Esse tipo de investimento exige menos burocracia, cujo retorno do capital investido pode ser realizado de diversas formas, livremente avençadas entre as partes.

2.4.1 CAPITAL PRÓPRIO (BOOTSTRAPPING)

Ao se iniciar o processo de criação e desenvolvimento de uma startup é comum se aplicar recursos próprios como forma de investimento, onde o empreendedor demanda parte do seu tempo e dos seus recursos para o desenvolvimento do produto inovador.

Uma outra alternativa, é o desenvolvimento da startup mediante dedicação exclusiva, utilizando-se, muitas vezes, reservas financeiras para se desenvolver a idéia, sendo o tempo de dedicação disponível também um atrativo aos olhos dos investidores.

Esse tipo de investimento é denominado *bootstrapping* fazendo alusão a "calçar as próprias botas", onde o próprio player aplica recursos próprios na atividade que irá investir os seus esforços.

Nesta etapa, não há produto, feedback, recurso, clientes, validação, existe apenas a ideia e um longo caminho pela frente. A média desse tipo de investimento gira em torno de 150 a 200 mil reais.

É nesta fase que surgem as primeiras perguntas: Existe um problema a ser resolvido? Temos a solução para este problema? As pessoas estão dispostas a pagar por essa solução? O que levaria as pessoas a pagarem por isso?

A prioridade do empreendedor nesta fase deve ser o planejamento, alocando da maneira mais eficiente possível os recursos disponíveis, gastando em pouco tempo o mínimo de custos, diante da escassez de recursos.

A disponibilidade de recurso deve anteceder toda e qualquer estratégia de avanço da startup, devendo o empreendedor se provisionar e planejar o direcionamento e aplicação do investimento.

2.4.2 FAMILIARES E AMIGOS (FFF OU 3 F´S OU FAMILY, FRIENDS AND FOLLS)

Esse tipo de investimento acontece ainda numa fase de extrema incerteza, através de amigos, familiares ou terceiros, que se mobilizam por acreditar no negócio e no intuito de fazerem com que o mesmo dê certo.

Trata-se de um tipo de investimento sem burocracia, que ocorre normalmente em torno de R$ 250.000 a R$ 500.000, onde as partes estabelecem livremente as condições de contrapartida, o que gera uma maior facilidade de negociação.

2.4.3 CAPITAL SUBSIDIADO

Fontes de investimento que não prevêem a devolução do capital investido no futuro. Visam atender uma necessidade da sociedade, incentivar o desenvolvimento da tecnologia, geração de emprego e renda, fomentar determinado seguimento da economia em uma localidade, tendo o empreendedor a obrigação apenas de cumprir metas e atingir os objetivos. São eles: fundações, fundos soberanos, ONGs, Agências federais ou estaduais.

2.4.4 PARCERIAS ESTRATÉGICAS

Esse tipo de investimento precede da necessidade de se identificar empresas que possam fazer parcerias, complementando a atividade da startup. É necessário identificar-se o segmento alvo para se buscar esse tipo de investimento.

Tais parcerias podem se dar em espécie, através de capital, permutas ou oferecimento de serviços necessários para complementar o processo de execução da startup. O evento pode ser documentado através de um contrato de parceria ou de vesting.

2.4.5 INVESTIMENTO ANJO

É o tipo de investimento feito com recursos próprios, por pessoa física ou jurídica para microempresas e empresas de pequeno porte inovadoras, que estão na sua fase inicial de desenvolvimento.

O investidor anjo pode investir individualmente ou através de plataforma de crowdfunding on-line, onde criam sua própria rede de investimento para um grupo de capital.

Normalmente, esse tipo de investimento é feito por pessoas que vêem nas startups um tipo de atividade complementar, já criaram suas próprias startups, passaram por experiências e frustrações, podendo oferecer uma gestão ativa, consultoria, além de uma expertise técnica e profissional.

Esse tipo de investimento tem o retorno do capital através da participação nos lucros da startup, nas condições estabelecidas pela Lei Complementar n. 155/2016, e contrapõe às instituições financeiras que concedem empréstimos e financiamentos a altíssimos custos e com excesso de burocracia.

3. DAS INCUBADORAS E ACELERADORAS

As *Startups*, percorrem um caminho hostil, incerto e cheio de riscos, sendo criada normalmente por empreendedores com pouca experiência gerencial e escassos recursos, motivos pelos quais são atraídas pelas aceleradoras e incubadoras.

As aceleradoras e incubadoras são ecossistemas que abrigam empresas inovadoras com grande potencial de crescimento, proporcionando um convívio cooperativo, cujo objetivo comum é impulsionar o desenvolvimento rápido e estratégico das Startups. Entretanto, cada uma tem os seus interesses no papel de desenvolvimento e crescimento do negócio:

3.1 ACELERADORAS

As aceleradoras são vinculadas a empreendedores experientes, que oferecem a estrutura necessária para fazer com que negócios inovadores, em fase de crescimento e validação, atinjam rapidamente seus resultados, de forma concreta e lucrativa.

No caso das aceleradoras, a principal preocupação é o potencial de lucratividade do produto ou serviço, não havendo interesse relacionado ao crescimento de determinado nicho de mercado ou outros critérios, como acontece nas incubadoras.

O objetivo das aceleradoras é aumentar a velocidade de atuação da *Startup* no mercado, promovendo uma rápida adaptação e aprendizado.

Na busca do sucesso, juntamente com o empreendedor, as aceleradoras oferecem apoio estratégico, auxiliam oferecendo a sua rede de contatos, mentorias, espaço coworking, treinamentos e investimentos. Em troca, normalmente, recebem participação societária nos negócios que investem.

O processo seletivo das aceleradoras normalmente é feito através de um site, com intervalo de 2 a 9 meses, sendo que o período de aceleração varia em torno de 4 a 6 meses.

São exemplos de aceleradoras a inovabra do bradesco e a cubo, do banco itaú, além de diversas outras espalhadas pelo país.

3.2. INCUBADORAS

As incubadoras operam sem fins lucrativos, geralmente estão vinculadas a entidades de classe e universidades que buscam nutrir empresas inovadoras, que atendem interesses estratégicos de determinado nicho de mercado ou região, orientando e dando apoio desde a sua fase nascente, até o início da sua fase de validação, assessorando no desenvolvimento do projeto.

O processo de incubação oferece, via de regra, recursos oriundos do poder público, tendo regras mais rígidas e maior burocracia, utilizando modelo próprio de avaliação e seleção, disponibilizando um espaço subsidiado, com estrutura, equipamentos, treinamento, capacitação e consultorias que auxiliam na construção do produto mínimo viável (MVP), elaboração do plano de negócios, plano de ação do mercado, networking e contatos com redes de investimentos, já que as incubadoras não investem capital no negócio.

A seleção acontece através de inscrição em edital e o período de incubação dura, em média, 1 a 3 anos, podendo ser prorrogáveis.

Como contrapartida, as incubadoras vislumbram estimular a criação e desenvolvimento de produtos inovadores, aquecer o mercado empreendedor, o aquecimento do nicho de mercado, a geração de empregos e a melhora da qualidade daquilo que é produzido no Brasil.

São exemplos de incubadoras a Miditec, Cietec, além de diversas outras espalhadas pelo país.

4. ECOSSISTEMA EMPREENDEDOR

Ecossistema empreendedor é um ambiente amigável que incentiva e apoia o desenvolvimento de empresas inovadoras, extinguindo a hierarquia e oferecendo maior dinamismo, cujo principal objetivo é o favorecimento da atividade empreendedora. É formado por várias instituições, dentre elas governo, sociedade civil, mercado, startups, universidades, aceleradoras, incubadoras e empreendedores, que de forma colaborativa alcançam o equilíbrio para o desenvolvimento do negócio, cada uma com a sua importância e juntas promovem a inovação.

O ecossistema empreendedor serve para identificar os *players* do negócio, o seu potencial de inovação, conexão e de sucesso, através do qual se utiliza políticas públicas para estimular o desenvolvimento socioeconômico, o aumento dos postos de trabalho, a melhoria na qualidade de produtos e serviços, incentivando empreendimentos tecnológicos e inovadores, bem como promovendo a interação entre os elos.

Nos tempos modernos, o que se busca é o compartilhamento de espaços, ideias experiências e informações, de modo que a cultura colaborativa tem crescido cada vez mais, promovendo uma maior socialização e crescimento da rede de contatos dos empreendedores.

Algumas iniciativas são importantes para fortalecer o ecossistema empreendedor, dentre elas o desenvolvimento de políticas públicas, através de programas de incentivo visando o reconhecimento de *Startups* como empresas inovadoras, focar políticas públicas em preencher lacunas existentes no mercado, difundir o conceito de startups, promover programas de conexões e conteúdo que visem a envolvimento com grandes corporações e organizações, desenvolver conexões com incubadoras e aceleradoras, incentivar a internacionalização dos negócios.

Essa interação entre as instituições que formam esse ecossistema, bem como todo o ambiente e sistema cooperativo do ecossistema

empreendedor estimula e facilita a implantação e crescimento dos negócios, razão pela qual estar inserido nesse contexto pode fazer toda a diferença para alavancar uma Startup.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos aspectos abordados, aliados ao conhecimento adquirido ao longo do curso de Especialização em Legal Tech: Direito, Inovação e Startups e vivido durante a criação, desenvolvimento e expansão da InovaJud, foi possível uma melhor compreensão do mercado das Startups, suas formas de investimentos, a participação em programas de incubadoras e aceleradoras, além da importância do ecossistema empreendedor nos modelos de negócios inovadores.

O estudo de caso em análise faz abordagem sobre três jovens, João Alberto, Malu Dias e Andreia Barreto que pretendem se posicionar no mercado de trabalho constituir uma empresa. Diante disso, algumas dúvidas surgiram quanto a escolha do modelo de negócio, como a Startup se diferencia das empresas tradicionais, os investimentos e desinvestimentos que podem realizar, quais as características, objetivos, funcionamento e diferenças entre uma incubadora e aceleradora, bem como o que seria e qual importância de um ecossistema empreendedor.

Ao optarem pelo modelo inovador das startups, os jovens empreendedores deverão identificar a dor da sociedade, o potencial inovador do negócio, a sua escalabilidade, potencial de crescimento e lucratividade do negócio, se há concorrência no mercado, devendo estar dispostos a identificar o desejo da sociedade realizando rápidas adequações no produto, sempre que se fizer necessário.

Diante das opções apresentadas os modelos de negócios idealizados pelos empreendedores se enquadram no modelo inovador das *Startups*, restando aos mesmos identificar qual deles possui maiores chances de dar certo, diante da análise da necessidade da sociedade e do mercado de consumo, público alvo e a capacidade de

gerar receita, além do potencial de escalabilidade e de crescimento da empresa. Um outro aspecto importante é a disponibilidade de equipe com *expertise* e tempo para o desenvolvimento do produto.

A experiência aqui traduzida demonstra na prática o que os empreendedores busquem desenvolver um produto que tenham conhecimento e que, se possível, tenha relação com a formação profissional dos empreendedores, o que pressupõe maior domínio sobre o seguimento.

Definido o modelo de negócio, precisarão viabilizar recursos para executar a sua idéia e transformá-la numa grande *Startup*.

No caso em estudo, os empreendedores, na fase inicial de desenvolvimento da idéia, precisarão de recursos, podendo aplicar recursos próprios (bootstraping), de terceiros (familiares e amigos), bem como realizar parcerias estratégicas para o desenvolvimento do produto ou buscar investimento anjo.

No que se refere ao desinvestimento, considerando-se que João, Malu e Andréia são sócios, a qualquer momento e por qualquer motivo os mesmos poderão disponibilizar as suas quotas para rever o capital investido e obter lucratividade, retirando-se da sociedade, desde que esse desinvestimento atenda as exigências legais e contratuais.

Com o intuito de obter suporte para desenvolver e alavancar o seu negócio, os empreendedores poderão buscar redes de apoio às *Startups*, através das incubadoras, enquanto for um negócio nascente, e das aceleradoras, quando o negócio estiver prestes a se tornar lucrativa.

Entendo extremamente positivo que João, Alberto, Malu Dias e Andreia Barreto busquem, o quanto antes, se inserir no ecossistema empreendedor, ambiente fértil formado por diversos agentes que juntos proporcionarão o equilíbrio necessário para o desenvolvimento de negócios inovadores.

Sendo assim, avaliado e identificado o modelo de negócio como inovador, os empreendedores deverão viabilizar capital através de diversos tipos de investimentos, buscar incubadoras e aceleradoras que irão oferecer o suporte que precisam para se desenvolver e se

estabelecer no mercado, dependendo da fase de desenvolvimento que se encontrar, sendo de extrema importância a sua participação no ambiente empreendedor.

O mercado das startups é hostil, incerto e arriscado.

No caso em apreço, um aspecto positivo é o fato dos sócios se conhecerem, o que favorece a identificação das habilidades de cada um, devendo ter em mente a importância da formação de um time multidisciplinar que esteja sempre disposto e motivado. Outro fator importante é escolher um negócio que se adeque às suas habilidades técnicas, devendo estar cientes de que até alcançar o modelo ideal, certamente precisarão fazer inúmeras adequações, pivotar inúmeras vezes, manter o espírito colaborativo e inovador, preservando sempre a escalabilidade e a flexibilidade indispensáveis para esse tipo de negócio.

Ademais, é aconselhável desenvolver um MVP (mínimo produto viável) e lançar o produto no mercado o quanto antes, mantendo uma conexão com o público alvo até chegar ao modelo ideal, o que evitará perda de tempo.

Conversar com pessoas sobre a sua idéia, ouvir, fazendo as adequações necessárias, são aspectos extremamente importantes.

Manter-se otimista, motivado, disposto e apaixonado preservando, sempre a cultura das *Startups* criando e preservando os propósitos da empresa. Agora, é só colocar a mão na massa!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABSTARTUP - Associação Brasileira de Startups (2019). Disponível em: https: //abstartups.com.br/sao-paulo-e-um-dos-ecossistemas-mais-promissores-domundo-em-rela torio-global/ Acesso em 25 de março de 2021.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-ecomercio-exterior/pt-br/assuntos/inovacao/fomento-a-inovacao Acesso em 31 de março de 2021.

NA PRÁTICA. Disponível em: < https://www.napratica.org.br/ecossistemaempreendedor-o-que -e/ > Acesso em 31 de março de 2021.

PIMENTA, E.G.; BARBOSA, A.F.M. LEGAL TALKS: Startups à luz do direito brasileiro. Fi, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/34227481/Legal_Talks_Startups_%C3%A0_Luz _do_Direito Brasileiro. Acesso em 27 de março de 2021.

PRATA, J. Quais são as fases de investimento em uma startup no Brasil e quem são os principais agentes desse processo. Disponível em: Links referências : < https://www.projetodraft.com/quais-sao-as-fases-de-investimento-em-uma-startupno-brasil -e-quem-sao-os-principais-agentes-desse-processo/> Acesso em 24 de março de 2021.

RIES, E.; SZLAK, C. A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação continua para criar empresas extremamente bem-sucedidas. (s.l.): Leya, 2011. ISBN. 9788581780047. Disponível em: http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true &db= cat 069 09a&AN=sib.457994&lang=pt br&site=eds-live. Acesso em: 19 mar.2021.

A AFERIÇÃO DA PERSONALIDADE EM ÂMBITO JURÍDICO QUANDO DA APLICAÇÃO DA PENA: SEGURANÇA JURÍDICA E O DISCURSO DE UM *STATUS* SUBJETIVO DETERMINISTA DO DESVIO NOS TRIBUNAIS

Vítor Dênis da Silva[56]
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro[57]

INTRODUÇÃO

Não raras são as vezes em que se ouve, hodiernamente, dentre os mais variados grupos sociais que compõem nosso sistema democrático, o discurso de que indivíduos que incorrem em condutas desviantes são, invariavelmente, sujeitos incorrigíveis e que o são por natureza, em razão de fatores inatos.

Tal crença, comumente, vem carregada de forte carga político-ideológica presente no conteúdo dos vários discursos que o pregam, carecendo, entretanto, na maior parte das vezes, de uma reflexão, e respectiva valoração mais aprofundada dos diversos fatores e circunstâncias, os quais, geralmente, são ignorados à determinação de uma conduta desviante.

Aos tribunais brasileiros, especificamente, há imposição legal de análise acerca da conduta de cada indivíduo que se veja submetido ao controle judicial dos atos, análise essa que se baseia em critérios, entre os quais há os que têm por conteúdo a projeção de fatores e circunstâncias determinantes ao desvio.

Um desses critérios à análise para a fixação da chamada pena-base, conforme a Lei 2.848/40, que instituiu o Código Penal Brasileiro, tem por conteúdo, a *priori*, a pretensão de análise de fatores particulares e internos ao indivíduo dissociado, com certa intenção

56 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé. Email: vitordenissouzasilva.mf@protonmail.ch.

57 Professora do Centro Universitário Faminas-Muriaé. Mestra em Direito pela UCP. Especialista em Direito Processual pela UFRRJ. Advogada.

de se chegar a um resultado de um *quantum* em relação a suposta inclinação a transgressões de regras sociais por parte desse indivíduo, referenciado como personalidade.

Dessa forma, o presente trabalho visa a confrontar precedentes e a jurisprudência hodierna, referenciando-se à fase de individualização da pena *in concreto*, com parâmetros dogmáticos penais e criminológicos, com vistas à aplicação da norma penal no que concerne ao paradigma jurídico adotado, quanto à suposta aferição da personalidade do agente, e o respectivo efeito na fixação do *status* social de criminoso com vistas à segurança jurídica.

2. DO DIREITO PENAL E O FIM DA PENA

Assim como todo o ordenamento jurídico, o Direito Penal visa, essencialmente, à segurança jurídica, entendendo-se esta como a proteção conferida pelo ordenamento aos bens jurídicos (ZAFFARONI, 2018, p.102), cabendo-lhe fazê-lo por meio da pena (ZAFFARONI, 2018, p.111).

Cabe, nesse momento, dizer que o eminente autor parte de um pressuposto, com o qual concordamos, de que segurança jurídica se fundamenta na ideia de uma proteção, tutela, da coexistência humana, como forma de permitir-nos usufruir de direitos, concomitantemente, a um semelhante, para que este, também, o faça.

Nesse contexto, o ideal o de prevenção geral é atribuído aos demais ramos jurídicos – civil, administrativo *etc*., que visam a reparar eventual dano efetivo, de caráter ordinário.

Lado outro, advoga-se a tese da prevenção especial, essencialmente penal, por ser critério *ultima ratio* e excepcional, atribuindo-lhe, portanto, sentido de ser o objeto próprio da pena, com fim de retomada de consciência do indivíduo submetido a controle de conduta.

Partindo desse pressuposto, quanto ao fim almejado, aduz que:

> Se a finalidade da prevenção especial fosse somente a de conseguir que os criminalizados não voltem a delinquir, a medida da pena seria a medida da periculosidade: quanto mais inclinação ao delito mostrasse um indivíduo, maior seria a privação de bens jurídicos que seria objeto a ser logrado a título de prevenção. Nenhuma outra consideração poderia alterar essa relação. Não obstante, isto não ocorre assim, porque, embora a prevenção especial deva ter por objeto conseguir que os apenados não voltem a delinquir, não podemos esquecer que este objetivo deve ser, por sua vez, um meio para promover a segurança jurídica. (ZAFFARONI, 2018, p. 108).

A conexão lógica, de encadeamento, entre o ideal de prevenção especial, a partir do pressuposto supracitado, e o postulado da segurança jurídica ocorre a partir do propósito final de se promover a coexistência entre os indivíduos, imprimindo-lhes sensação de segurança no meio social no qual convive, em relação àqueles indivíduos que ostentarem condutas incompatíveis com o próprio ideal axiologicamente positivado na norma, buscando-se uma mudança de mentalidade, de modo a readequarem-lhes as condutas, sendo, portanto, este o limite da pena a ser imposta, e não, simplesmente, a supressão no mundo dos fatos das condutas desviadas, superando, assim, o discurso de "defesa social", que apregoa o cerceamento a qualquer custo, como forma de retribuição vingativa social.

É possível vislumbrar, portanto, que o conteúdo da segurança jurídica supõe a impressão subjetiva da circunstância no meio social em dois panoramas, quais sejam, a sensação de segurança em relação à mudança de mentalidade do indivíduo, a partir da incidência da prevenção especial, e em relação ao limite desta, que, por sua vez, pressupõe atuação estatal.

3. DOS PARADIGMAS PENAIS

A legitimidade para a imposição de pena, como já salientado, é, teleologicamente, a busca pelo assentamento da segurança jurídica, que se fundamenta no ideal de prevenção especial (*ultima ratio*).

Contudo, quando se adentra à temática da "teoria da pena", há aqueles que sustentam uma dicotomia quanto ao fundamento da própria pena, que implica, assim, em uma aceitação de exclusão conceitual, que termina por fixar determinada rigidez ideológica, tanto do sentido do fundamento, se partidário do ideal da segurança jurídica ou da defesa social, quanto, por conseguinte, do próprio limite da pena.

Noutros termos, se posta uma dicotomia do próprio fundamento que permite a alteração do conteúdo deste, a zona de intersecção do objeto do fundamento restará, se não inexistente, superficial. No caso da chamada teoria da pena, a dualidade lógico-fundamental põe-se entre os defensores da tese da "defesa social" e os da "segurança jurídica".

Esclarecendo-nos, com a maestria que lhe é peculiar, aduz Zaffaroni:

> Quando alguém escreve uma carta injuriante, em obediência às ordens de um outro que lhe aponta uma pistola à cabeça, em linguagem comum dizemos que atua sem liberdade, que não atua livremente. Nesse caso, o direito penal reconhece esse fenômeno e considera que, em tais circunstâncias, o agente não pode ser reprovado pelo fato. Se tivesse escrito a carta sem coação, sua conduta seria reprovada. Logo, a reprovabilidade que, pela conduta, se faz a seu autor é, precisamente, a culpabilidade. A censura de culpabilidade se fundamenta, pois, porque era ao autor exigível uma conduta diversa, conforme o direito. Esta exigência sempre depende das circunstâncias e, portanto, é um conceito graduável: ainda quando

se possa juridicamente exigir de um sujeito outra conduta, sempre se lhe poderá exigir mais ou menos, segundo as circunstâncias do caso. Isto nos dará sempre um grau distinto de reprovabilidade e, portanto, de culpabilidade.

Para os partidários da teoria retributiva da pena, esta é a medida da culpabilidade. Em alemão "culpabilidade" é Schuld, palavra que tem dois sentidos: culpabilidade e dívida. De alguma maneira a pena retributiva imita a ideia de "pagamento" ("pagar as culpas", "pagar as dívidas").

Essa concepção do direito penal (que sustenta ser a pena uma retribuição pela reprovabilidade), é o chamado direito penal de culpabilidade. Para admitir a possibilidade de censura a um sujeito, é necessário pressupor que o sujeito tem a liberdade de escolher, isto é, de autodeterminar-se. Isso implica que esse direito penal pressupõe ser o homem capaz de escolher entre o bem e o mal. Há, pois, uma opção por uma determinada concepção do homem (concepção antropológica): a que o concebe como um ser com autonomia ética (um ser com autonomia moral é uma pessoa). Em síntese: o direito penal de culpabilidade é aquele que concebe o homem como pessoa.

Por outro lado, quando se sustenta que o homem é um ser que somente se move por causas, isto é, determinado, que não goza de possibilidade de escolha, que a escolha é uma ilusão e que, na realidade, sempre atuamos movidos por causas, sem que nossa conduta se distinga dos outros fatos da natureza, nessa concepção não haverá lugar para a culpabilidade. Dentro desse pensamento, a culpabilidade será uma enteléquia, o reflexo de uma ilusão. Por conseguinte, em nada servirá para a quantificação da pena. Somente será considerado o grau de determinação que tenha o homem para o delito, ou seja, a periculosidade. Esse será, assim, o direito penal de periculosidade, para o qual a pena

> terá como objeto (e, também, como único limite) a periculosidade (ZAFFARONI, 2018, p.112).

Como no item anterior, advogamos e partimos do pressuposto de um ordenamento jurídico uno, que, como tal, não deve permitir a propagação de um sistema penal que venha a se basear numa suposta pretensão dicotômica, na qual, para uns, pressupõe-se uma totalidade da liberdade de conduta, ou livre arbítrio, mas cujo limite da pena seria, mera e exclusivamente, de caráter retributivo da culpabilidade, como espécie de vingança pública, e para outros, os da defesa social, os indivíduos desviados tenderiam a assumir posturas desviantes de forma inata, devido a circunstâncias subjetivas, devendo-se, assim, livrar, a sociedade desses.

Sempre se deve ter em vista o ideal da segurança jurídica, com um consequente direito penal a partir da prevenção especial, não como fator meramente retributivo da culpabilidade, mas, sim, como vetor pragmático de conscientização da exposição ao sistema do próprio desviante e, por fim, para inibir condutas semelhantes futuras, a partir da própria tomada de consciência.

3.1 DA PERSONALIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E OS PRESSUPOSTOS PARADIGMÁTICOS

Presente no art. 59, da Lei n° 2.848/1940, que instituiu o Código Penal Brasileiro, estão as chamadas circunstâncias judiciais, cujas análises se dão, pelo magistrado, quando da aplicação da pena, na primeira fase da dosimetria, buscando-se aferir a "pena base".

Uma das circunstâncias é a *personalidade* do indivíduo. Assim como em relação aos demais, o critério da *personalidade* não é objetivamente explicitado pela lei, nem mesmo pela doutrina.

A, talvez, maior consideração, essencial e nuclear, neste trabalho a ser considerada é a de que, no que concerne ao puro teor quanto à conceituação, ou de qualquer outra proposta, que verse sobre *personalidade*, é resposta que apenas tangenciará o real conteúdo

daquilo que a área específica científica propõe. Isso porque o objeto aqui pretendido não é o de elencar um método ou expor uma razão à admissão do preceito no ordenamento jurídico, mas, sim, demonstrar-lhe o grau de (in)aplicabilidade de seu conteúdo, haja vista a natureza do conceito.

Entretanto, conquanto o seja, em relação às ciências psicológicas, é parte que toca à filosofia. Sendo esta, então, fundamento e fonte primária do Direito, e, essencialmente, matéria-prima da própria cognição, em seus termos, a ela nos socorremos para buscar o ponto de partida e, então, expor a base sobre a qual se fulcrar-se-á a análise, a *posteriori*.

Segundo Nicola Abbagnano, personalidade é

> Condição ou modo de ser da pessoa. Neste sentido esse termo já foi usado por S. Tomás de Aquino (S. Th. I, q. 39. a. 3, ad 4") e é geralmente usado pelos filósofos (que muitas vezes o empregam como sinônimo de pessoa). 2. No significado técnico da psicologia contemporânea, *Personalidade* é a organização que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem. Neste sentido que Nietzsche falava de pessoa, observando que "alguns homens compõem-se de várias pessoas e a maioria não é pessoa. Onde predominarem as qualidades medianas importantes para que um tipo se perpetue, ser pessoa será luxo. (...) trata-se de representantes ou de instrumentos de transmissão" (Wille Zur Macht, ed. 1901, § 394). Estes conceitos de Nietzsche são semelhantes aos da psicologia contemporânea. H. J. Eysenck diz: "*Personalidade* é a organização mais ou menos estável e duradoura do caráter, do temperamento, do intelecto e do físico de uma pessoa: organização que determina sua adaptação total ao ambiente. Caráter designa o sistema de comportamento conativo (vontade) mais ou menos estável e duradouro da pessoa. Temperamento designa seu sistema mais ou menos

> estável e duradouro de comportamento afetivo (emoção); intelecto, seu sistema mais ou menos estável e duradouro de comportamento cognitivo (inteligência); físico, seu sistema mais ou menos estável e duradouro de configuração corpórea e de dotação neuroendócrina" *(The Structure of Human Personality,* 1953, p. 2). Nesta definição, em que entram elementos já fixados por Roback, Allport, McKinnon. o elemento dominante é constituído pelo conceito de organização, estrutura ou sistema, elemento que permite prever o comportamento provável de uma pessoa. Não muito diferente desta é a outra definição, puramente funcional, cuja finalidade é possibilitar as investigações relativas à *Personalidade*.: "*Personalidade* é o que permite a previsão do que fará uma pessoa numa dada situação (R. B. CAITHL, *Personality,* 1950, p. 2). Neste sentido, o eu distingue-se da *Personalidade* como a sua parte conhecida ou aberta da pessoa, à qual esta faz referência usando o pronome eu; essa parte pode não coincidir — e geralmente não coincide — com a totalidade da Personalidade. (ABAGNANO, 2007, p. 758).

O sistema, portanto, como conjunto de composições que formam, em tese o sujeito, seu eu, seria, sumariamente, aquilo que se buscaria carregar no conteúdo da personalidade, a ideia de multiplicidade e complexidade se faz presente, importando a análise, impreterivelmente, conjunta dos fatores e componentes.

Para a determinação, portanto, de que determinado indivíduo tem personalidade voltada ao crime, tendo em vista o até exposto, pode-se dizer que, ao menos, três pressupostos teriam de ser considerados, a saber:

O primeiro deles concerne à própria ideologia adotada em relação ao fim da pena e, consequentemente, do direito penal, qual seja, a ideia de que o sistema penal busca promover a *defesa social.* Por esse entendimento, nenhum outro fator deverá ser considerado

na aplicação da pena, que não a periculosidade do indivíduo para o meio social. Ora, se se busca como objetivo final impedir a conduta desviante, a retenção dos bens, liberdade precipuamente, em se tratando de pena, é medida iminente e que somente se limitará na medida proposta pelo risco de cada indivíduo, segundo o grau de propensão à transgressão de regras sociais penalmente tuteladas.

Entretanto, esse primeiro elemento carrega consigo outro pressuposta, embutido em seu viés, o de que o homem se encontra, naturalmente, autodeterminado, de modo que jamais poderá ordenar suas condutas conscientemente, retirando-lhe, pois, a autonomia ética, ou seja, sua capacidade de ponderar e valorar suas condutas em relação aos ideais comuns, para que, só então, proceda à própria ação ou conduta. Este fator reputa-se, como se observa, ao próprio indivíduo, sendo, essencialmente, onde reside a análise psíquica substancial à determinação da tendência volitiva humana, conforme a complexidade individualizada.

Por fim, o terceiro pressuposto é o de se considerar o crime, entendendo-se este como a tipificação de conduta cujo conteúdo, após valorado, demonstra ser bem de elevada estima social, como sendo uma realidade posta, um dado invariável desta, de aceitação absoluta pela comunidade.

Sobre o tema, preleciona o Eminente Professor Alessandro Baratta:

> A ideologia da defesa social (ou do "fim") nasceu contemporaneamente à revolução burguesa e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalaram, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico

ao estado social. O conteúdo dessa ideologia, assim como passou a fazer parte – embora filtrado através do debate entre as duas escolas – da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do aparato penal penitenciário, mas também, do homem de rua (ou seja, da *Every day theorie*), é sumariamente, reconstruível na seguinte série de princípios. a) Princípio da legitimidade. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio das instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à afirmação dos valores e das normas sociais. b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade, O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem. c) Princípio da culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contraria aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador. d) Princípio da finalidade ou prevenção. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pena lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente. e) Princípio da igualdade. A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos. f) Princípio do interesse social e do delito natural. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos

> penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais). (BARATTA, 2017, p. 41-43).

Quer-se dizer com isso que, para que se pretenda a uma análise propícia da personalidade de um indivíduo, quanto à propensão deste ao cometimento de crimes, todos os elementos de composição complexa devem ser tomados em consideração, não bastando, apenas, a adoção de uma ideologia justificadora de determinadas condutas de grupos. Por esse último raciocínio, se tomado em relevância em detrimento do ideal da segurança jurídica do ordenamento jurídico, seria, ironicamente, inconcebível a punição das pessoas indicadas como tendentes ao cometimento de crimes. Esclareça-se: Se um indivíduo é propenso, naturalmente, ao desvio de conduta, sendo, pois, um sujeito psicologicamente determinado, é inconcebível que este se veja privado de sua liberdade, pois, afinal, se não se pode escolher, não poderá haver, então, imposição de responsabilidade.

Corroborando, ainda, aduz Cézar Roberto Bittencourt, sobre o critério em específico:

> Esta circunstância representa resquício de um direito penal autoritário, típico do odioso "direito penal de autor", segundo o qual o sujeito é julgado pelo que ele é e não pelo que fez, sendo, por isso, absolutamente incompatível com o direito penal da culpabilidade que é um direito penal do fato, próprio dos Estados Democráticos de Direito, como é o caso do brasileiro. É absolutamente inaplicável, portanto, o exame da *personalidade* para prejudicar

> ou corroborar a agravação da pena de alguém, beirando, inclusive, a inconstitucionalidade sua aplicação. Ademais, a personalidade do indivíduo somente poder ser determinável ou aferível por rigorosos critérios técnicos e científicos realizáveis por especialistas da área, com acompanhamento, por algum tempo, e profundo estudo psíquico e psicológico realizados por experts, escapando, por conseguinte, do domínio cognoscível do juiz. (BITTENCOUT, 2020, p.1.836).

Trata-se, enfim, como se percebe, se adotado como critério válido, de assunção indireta de um viés autoritário, por parte do próprio Poder Judiciário, que passa a declarar perseguir o indivíduo como ser, independentemente de sua condição humana com fator de autodeterminação; posição abominável, perante um Estado Democrático de Direito.

4. DA APLICAÇÃO JUDICIAL DO CRITÉRIO

Conquanto o até aqui exposto, concernente ao ideário finalístico da pena e do próprio direito penal como ferramenta social à promoção da segurança jurídica segundo uma concepção de culpabilidade, muito se verificar que, ainda hodiernamente, há Juízos que entendem ser possível valorar negativamente a conduta do indivíduo com base em suposto determinismo, de modo a, assim, influir na pena.

O raciocínio é raso: A conduta do criminoso é valorada, quanto ao quesito, com base naquilo que seria a personalidade do indivíduo. Porém, a base de tal linha cognitiva é assentada em critério puramente fático-jurídico, o da reincidência ou maus antecedentes, em geral, como se demonstrará a seguir, o qual, por sua vez, lastreia-se no pressuposto de que a personalidade de uma pessoa é de âmbito jurídico ou mesmo que prescinde de aprofundamento específico.

É oportuno salientar que não se trata de um entendimento adotado indistintamente, apesar de não ser, em contraponto, uma

exceção. Há aqueles que se pautam em ideal de desvalor a partir do fato, visando-se à segurança jurídica, a qual reputamos ser a adequada.

Em relação às decisões, em si, a primeira análise recai sobre a posição do Tribunal Regional Federal da 1° Região, que, em grau recursal, reformou sentença, nos seguintes termos:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE MOEDA FALSA. ART. 289, § 1°, CÓDIGO PENAL. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA AJUSTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. Apelação interposta pelo réu em face da sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condená-lo pela prática do crime previsto no art. 289, §1º, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato delituoso. 2. Segundo a denúncia, em 23/08/2005, o réu entregou cédula falsa de R$ 50,00 (cinquenta reais) a corréu para que comprasse bebidas e cigarros. O corréu dirigiu-se a um supermercado e ao tentar comprar os aludidos produtos foi obstado pela operadora de caixa sob o argumento que a cédula era falsa. O gerente do supermercado acionou a polícia, tendo Ivanildo de Jesus Santos, ao ser inquirido, informado que o réu lhe havia dado a cédula e indicado o local onde esse poderia ser encontrado. 3. A autoridade policial dirigiu-se ao local onde estava o réu que, ao ser avistado, tentou empreender fuga, sendo alcançado e encaminhado para a delegacia, onde afirmou que não tinha conhecimento da falsidade da cédula e que recebeu a quantia em razão de serviços realizados em um caminhão, cujo dono é desconhecido. 4. A materialidade e a

autoria do delito ficaram comprovadas nos autos pelo Auto de apreensão; pelo laudo de perícia criminal federal, que confirmou ser a cédula examinada inautêntica, podendo ser confundida com papel-moeda autêntico no meio circulante comum; e pelas provas testemunhais produzidas em investigação e em juízo. 5. Dosimetria. Na análise das circunstâncias judiciais arroladas no art. 59 do Código Penal, o magistrado considerou a presença de 04 (quatro) circunstâncias judiciais desfavoráveis (a culpabilidade, a personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime) e fixou a pena-base do apelante em 04 (quatro) anos de reclusão e pena de multa de 10 (dez) dias-multa. Inexistentes atenuantes e agravantes. Na terceira fase, ante a ausência de causas de diminuição ou aumento, apena restou definitiva em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. 6. A dosimetria merece ser reformada, pois o fato de o réu possuir personalidade voltada para a prática do crime, em razão da existência de registros criminais em seu desfavor, não pode ser utilizada para majorar a pena-base, visto que inquéritos policiais e ações penais em tramitação não podem ser considerados como fatores para a exasperação da pena, nos termos da Súmula 444/STJ cujo enunciado dispõe: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". 7. Quanto à culpabilidade do réu, a consciência da ilicitude do fato é inerente ao tipo penal, na medida em que é um elemento da teoria finalista da ação no direito penal, analisada como um pressuposto de aplicação da pena aliada a um fato típico e antijurídico. Os motivos, qualificados pelo magistrado sentenciante como "fúteis", não merecem ser valorados negativamente apenas pela busca do apelante de "vantagem monetária contrária ao direito". Trata-se de fundamentação genérica, ausente de motivação concreta e intrínseca ao tipo penal. 8. Por fim, o ato

> de empreender fuga, mesmo após a identificação da autoridade policial, reveste-se de especial gravidade um aspecto secundário da infração penal, porém conexo a ela, que são as circunstâncias do crime. Portanto, mantida como desfavoráveis circunstâncias do crime. Assim, fixa-se a pena-base do apelante em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, à razão diária de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, vigente à época dos fatos. 9. Não concorrendo agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição de pena, resta estabelecida a pena definitiva em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, à razão diária de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, vigente à época dos fatos. Em observância à previsão do art. 33, caput, §§ 1º e 2º, do CP, visto que o apelante não é reincidente e a pena final prescrita está abaixo de 04 (quatros) anos, o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade será o aberto. A pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas restritivas. 10. Apelação a que se dá parcialmente provimento para reduzir a pena do réu para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, em regime inicial aberto, e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. **(BRASIL. TRF. Processo n. 0000134-38.2009.4.01.3301. Relator(a): Des. Néviton Guedes. Brasília, 1° de dezembro de 2020. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php. Acesso em: 02/06/2021).**

Cabe considerar que, conquanto a reforma tenha recaído justamente sobre a circunstância judicial da personalidade, o mérito concerniu a tese estritamente jurídica, podendo-se, inclusive, perceber que o pressuposto ideológico adotado é o mesmo, o de considerar

a personalidade como aferível, que, por sua vez, invariavelmente, implica ter a defesa social como base.

Não se trata, porém, de excepcionalidade. Seguindo-se a mesma justificação, TJSP:

> Habeas corpus Impetração alegando que o paciente foi preso pela suposta prática dos crimes de furto qualificado e resistência, e que estão ausentes os requisitos para a decretação/manutenção da prisão preventiva - **Crimes que causam perturbação e desassossego na sociedade, geram instabilidade social e denota personalidade deturpada do paciente**, justificando-se a prisão cautelar para a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal. P**aciente que possui maus antecedentes e é reincidente, revelando personalidade deturpada e volta ao cometimento de infrações penais** - Ordem denegada. **(BRASIL. TJSP. Habeas Corpus Criminal nº**
>
> **2110822-90.2021.8.26.0000. Relator(a): Des. Fernando Simão. São Paulo, 2 de junho de 2021. Disponível em: Acesso em: 02/06/2021).**

Mais uma vez, percebe-se que a valoração, procurando-se definir a personalidade de um indivíduo, é procedida a partir de critérios arbitrários e, eminentemente, jurídicos. Tal fato é, em verdade, haja vista a natureza não jurídica do instituto, inaceitável numa ordem de pretensões de segurança comum. É inconcebível, ainda, a ideia de que a própria reincidência possa, ao mesmo tempo, em que é em si +mesma considerada, valer-se como definição da complexidade do próprio *ego*.

Interessante, enfim, destacar a divergência que ocorreu, no TJRS, quando em comparação à decisão do juízo de primeiro grau e a de nível recursal. Na sentença, o magistrado absteve-se da análise da circunstância, sob o argumento de não haver nos autos, elementos que permitissem a avaliação da personalidade, veja-

se: 1.a) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: a culpabilidade revelou-se normal e consentânea ao delito em si; o réu não possui antecedentes (fls. 256/258); não há, nos autos, elementos que permitam avaliar a personalidade; **(BRASIL. TJRS. Processo nº: 0006953-26.2018.8.21.5001; Juiz Prolator: Juiz de Direito - Dr. Marco Aurélio Martins Xavier. Porto Alegre, 06, de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=001&comarca=&numero_processo=00069532620188215001&numero_processo_desktop=00069532620188215001&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte= . Acesso em: 02/06/2021).**

Faz-se imprescindível salientar a exemplar decisão supracitada, que, em vista da complexidade inerente à temática, que decorre da complexidade própria do homem, absteve-se de pronunciar sobre o quesito, sob o fundamento, técnico, de não haver elementos suficientes que permitissem a aferição da circunstância.

Não obstante, eis a ementa do acórdão, quando do recurso interposto.

> APELAÇÃO-CRIME. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. 1. PENA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. Penas-base fixadas em 7 anos e 3 meses de reclusão, para cada réu, tisnados os vetores circunstâncias, consequências e conduta social. Circunstâncias que, efetivamente, se mostraram negativas, superando a previsão típica, porquanto praticado o delito no interior de coletivo urbano, destinado à locomoção da população em geral, na presença de considerável número de passageiros, além do motorista e cobrador, todos subjugados pelos réus, mediante grave ameaça, o que evidencia maior audácia e periculosidade da ação delitiva. Consequências que, no entanto, não extrapolaram o ordinário, na medida em que o prejuízo patrimonial é ínsito aos crimes desta

natureza, devendo repercutir no apenamento basilar apenas quando for de monta, o que não se verifica no caso concreto, em que a ação delitiva provocou à vítima, empresa de ônibus, prejuízo de aproximadamente R$50,00. Conduta social que, de da mesma forma, não merecia o tisne, porque representa o papel que o sujeito exerce na comunidade, se tem família, trabalha, estuda etc., não tendo sido desabonada, o envolvimento dos réus em crimes contra o patrimônio repercutindo em operadoras específicas. Histórico criminal dos acusados que deve refletir na basilar. Os imputados possuem juntos, em coautoria, 3 condenações provisórias por roubo duplamente majorado, com pena total fixada em mais de 28 anos para ambos, por fatos posteriores, respondendo também em coautoria mais 3 processos-crime, por fatos anterior e posteriores, todos por roubo e o réu Maurício ainda outro feito por receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor, anterior ao presente. Tal situação pessoal de ambos serve perfeitamente a macular os antecedentes (delitos anteriores), bem como a personalidade (delitos posteriores), porquanto voltada à prática de ilícitos. Indivíduos que não podem receber tratamento penal idêntico àquele que nunca enveredou pelo caminho ilícito. Súmula nº 444 do E. STJ que não tem efeito vinculante. Embora o magistrado singular não tenha atribuído tom desfavorável às moduladoras antecedentes e personalidade, não há óbice para fazê-lo neste grau de jurisdição. Tribunal ad quem, que, em recurso exclusivo da defesa, está vinculado ao quantum de pena aplicado, e não aos critérios de fixação dela eleitos pelo sentenciante. Art. 617, in fine do CPP. Precedentes do E. STJ e do E. STF. Ainda que afastado o tisne que recaiu sobre as moduladoras conduta social e consequências, as vetoriais remanescentes – circunstâncias, antecedentes e personalidade –,

por sua envergadura, justificam o afastamento da basilar, porém não no montante operado no juízo a quo, que se mostrou exacerbado, a pena-base comportando redução proporcional para 6 anos de reclusão. PENA PROVISÓRIA. ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE. Magistrado singular que reconheceu, para ambos os réus, a atenuante da confissão espontânea, bem como a menoridade relativa do acusado Mauricio, reduzindo as penas em 2 anos e 5 meses, para este, e em 1 ano, 2 meses e 15 dias, para o codenunciado Luis Fernando. Imperioso o reconhecimento da atenuante da menoridade também para o inculpado Luis Fernando, que contava 20 anos de idade na data dos fatos. Penas reduzidas para 4 anos de reclusão, conferindo-se tratamento isonômico a ambos os acusados, bem como observada a impossibilidade de fixação da pena provisória aquém do mínimo legal, a teor da Súmula nº. 231 do STJ. Na 3ª fase, pelo concurso de agentes, mantido o incremento de 1/3, as penas definitivas dos réus resultando agora em 5 anos e 4 meses de reclusão. 2. REGIME CARCERÁRIO. RÉU LUIS FERNANDO. Em face do redimensionamento da pena, necessária a adequação do regime carcerário fixado ao réu Luis Fernando, para o semiaberto, a teor do art. 33, §2º, "b" do CP, o mesmo imposto ao corréu Mauricio na sentença. 3. MULTA. REDUÇÃO. O critério para fixação da pena de multa é o mesmo utilizado para definição da pena-base, qual seja, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Hipótese na qual as penas de multa - fixadas acima de 100 dias-multa para cada réu - mostraram-se excessivas, à luz das operadoras do art. 59 do CP. Penas de multa reduzidas para 50 dias-multa, para cada inculpado. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE AMBOS OS RÉUS REDIMENSIONADAS PARA 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO. FIXADO O REGIME INICIAL

> SEMIABERTO PARA O RÉU LUIS FERNANDO. PENAS DE MULTA REDUZIDAS PARA 50 DIAS-MULTA. DEMAIS DISPOSIÇÕES DA SENTENÇA MANTIDAS. (BRASIL. TJRS. Apelação Criminal n. 70084680065, Relator: Des. Fabianne Breton Baisch, Julgado em: 31-03-2021, Disponível em:https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70084680065&numero_processo_desktop=70084680065&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 02/06/2021).

O argumento utilizado como base de análise para a definição da personalidade é, basicamente, o de se aferir os antecedentes do indivíduo, utilizando-se do seguinte raciocínio superficial: Se o indivíduo já incorreu em outros crimes ou condutas que o expuseram ao controle penal, anteriormente, pode-se defini-lo como de ímpeto subjetivo voltado a condutas infringentes. Contudo não considera todos os fatores da complexidade subjetiva, inerente e irrepetível a qualquer indivíduo. É possível, mais uma vez, inclusive, confundir o emprego da análise de reincidência como indicativo de personalidade, se for o caso, o que, por si só, gera a inconstitucionalidade, se valorada negativamente, em função brocardo principiológico do *nom bis in idem*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pena, como função social de controle de condutas deve, sempre, visar à segurança jurídica, considerando-se esta como deontologia lógico-jurídica de todo o ordenamento jurídico. Por esse raciocínio, a pena adquire o ideal de prevenção especial, ou seja, a atuação em última instância, após os demais ramos do Direito, devendo-se, ainda, agir na contramotivação ao delito, em relação ao indivíduo desviado,

atuando, porém, na adequação da conduta do sujeito ao meio, em detrimento da privação física, com fim em si mesma.

A personalidade, portanto, é conceito, como visto, que pertence a outro ramo da ciência e que é constituído por complexidades subjetivas que, por sua vez, compõem o próprio ser.

Dessarte, haja avista o supracitado, pela lógica aplicada, a da possibilidade de propor a personalidade do indivíduo, a partir de critérios meramente jurídicos, abstraída de análise técnica à psiquê, em muitas ocasiões, no sistema Judicial, como os dos exemplos jurisprudenciais acima elencados, que pressupõe, assim, a ideologia da defesa social e suas conseguintes, a lógica se mostrará deturpada, neste ponto: Ora, se o agente tem "personalidade voltada à criminalidade", como utilizar-se de uma suposta autonomia e julgá-lo com base no desvalor de sua conduta, haja vista ser, num Estado Democrático de Direito, adotada a ideologia do direito penal do fato ou da culpabilidade?

Não há como, pois a base da responsabilização, então, se daria a partir da periculosidade, não mais a reprovação pelo ato em si. A punição recai, dessa forma, sobre o sujeito: A cada infração, mais se aumenta a periculosidade, e, consequentemente, o julgamento recai não mais sobre os fatos individualizados, mas, sim, sobre como o indivíduo constituiu-se naquele meio social, o que não, necessariamente implica-lhe concernir à personalidade.

É a justificativa base, inclusive, para que regimes autoritários se guarneçam de ponto teórico ao cometimento de arbitrariedades, tendo em vista que, se a punição recai sobre o sujeito, e não sobre o fato, qualquer indivíduo que seja reputado "perigoso" àquele meio poderá ser punido, em razão de sua *personalidade*. O efeito é óbvio e irônico: A própria insegurança jurídica.

As ponderações feitas apenas demonstram, no que concerne à "personalidade", art. 59, CP, a inviabilidade do parâmetro "criminalidade", em razão de ser esta uma situação jurídica circunstancial: O Direito é fenômeno espaço-temporal (REALE, 2002, p. 323). e, como tal, não pode ser tomado como valoração absoluta a

caracterizar uma condição humana, de um indivíduo posto como ser livre e dotado de autonomia ética.

Sob o viés da segurança jurídica como fim, porém, a mera pretensão de análise de personalidade já impende a atuação específica, complexa e adequada, para que se chegue a um resultado prático, que tenha como fim não a atuação jurisdicional ou jurídico-sistemática, mas de natureza própria, buscando-se aferir os ímpetos pessoais e a previsão do indivíduo em relação à adequabilidade de condutas aos regramentos daquele determinado meio social. Nesse caso, eventual "tendência" ao desvio deve ser analisada tanto sob a perspectiva psicológica, ou seja, os fatores e circunstâncias psíquicas atuantes no indivíduo, quanto sob a perspectiva socioantropológica e político-penal, aproximando-se muito nesse ponto da teoria do *labbeling approach*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola.**Dicionário de Filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2011. v. 1.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Parte Geral. 26° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CARRILHO, Heitor. **Psicogênese e determinação pericial da periculosidade**. Disponível em: https://www.scielo.br/j/anp/a/M4WcGhb4QdWTRWLpbsJDyNx/?format=html . Acesso em: 02/06/2021.

GARBAVO, Juliana; ARGÔLO, Marcos José Relvas. **Crime e doença psiquiátrica:** perfil da população de um hospital de custódia no Rio de Janeiro. Disponível em: https://doaj.org/article/d7bb7ba823c94c5c8448e14b2b6ed9b1?frbrVersion=2 . Acesso em: 04/06/2021.

ALMEIDA, Francis Moraes. Fronteiras da sanidade: **'Periculosidade' e 'risco' na articulação dos discursos psiquiátrico forense e jurídico no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso de 1925 a 2003.** Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7432 . Acesso em: 04/06/2021.

PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E A GESTÃO URBANÍSTICA NO BRASIL.

NEW CORONAVÍRUS PANDEMIC URBAN MANAGEMENT IN BRAZIL.

Gabriela Souza da Silva[58]

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a gestão urbanística no Brasil em tempos de Pandemia da Covid 19. A discussão vislumbra esclarecer as políticas públicas voltadas para a gestão democrática da cidade no âmbito da respectiva crise sanitária. Durante o desenvolvimento do presente trabalho serão analisados assentamentos históricos, tendo como referências pesquisas bibliográficas, documental e o acervo normativo emitido. No mesmo sentido, serão destacadas uma série de medidas adotadas pelos entes federativos como forma de manter a proteção da população e contenção da disseminação do vírus.

As ações tomadas pelos diferentes poderes e entes federativos terão destaque demonstrando a condução da preservação de vidas no combate à pandêmica, de modo a trazer à baia as diversas fissuradas ocasionadas durante este período.

Palavras-chave: Pandemia. Covid-19. Brasil. Direito Urbanístico. Gestão Democrática das Cidades.

58 Gabriela Souza da Silva. Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Pós Graduada em Direito Processual Contemporâneo pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e Graduada pela Universidade Católica de Petrópolis.

ABSTRACT

This article aims to analyze urban management in Brazil during the Covid 19 Pandemic. The discussion aims to clarify public policies aimed at the democratic management of the city in the context of the health crisis. During the development of this work, historical settlements will be considered, having as references bibliographical research, documental and the normative collection issued. In the same sense, a series of measures adopted by federative entities will be highlighted as a way to maintain the protection of the population and contain the spread of the virus.

The actions investigated by the different federal powers and entities should highlight the conduct of the preservation of lives in the fight against the pandemic, in order to bring to the bay the various cracks caused during this period.In this perspective, the development, advances and setbacks of the Public Power in society are analyzed, based on the analysis of consensual methods as mechanisms of efficiency and evolution of contemporary administrative and procedural law.

Keywords: Pandemic. Covid-19. Brazil. Urban Law. Democratic Management of Cities.

INTRODUÇÃO.

A análise do desenvolvimento do Estado contemporâneo perpassa pela sua construção, a partir das bases que o fundamentam, neste viés desde a eclosão[59] da pandemia causada pelo Covid-19[60], surge, ao redor

59 "(...) **O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31/12/19** após casos registrados na China. Provoca a doença chamada de coronavírus (COVID-19)". (BRASIL, Ministério da Saúde. 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#interna>. Acesso em 22/06/2020).

60 "A **COVID-19** é uma doença causada pelo coronavírus **SARS-CoV-2**, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a maioria dos pacientes com COVID-19 (cerca de 80%) podem ser assintomáticos e cerca de 20% dos casos podem requerer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória

do mundo, a eminente necessidade dos governos adotarem medidas no intuito de reduzir o impacto da doença em seus territórios. No entanto, para efetividade de tal combate seria indispensáveis que essas medidas se mostrassem eficientes, principalmente devido ao fato de não se saber ao certo as conseqüências e pormenores da doença, bem como, a ausência de um tratamento específico e comprovadamente eficaz em seu combate[61].

Diante desse cenário mundial, o Brasil começa a sentir internamente os impactos da doença por meados do fim do mês de março, momento em que surge em âmbito nacional, a eminente necessidade de impor diversas restrições para a contenção do vírus. Restrições estas que passaram a englobar diversos campos sociais, políticos, jurídicos e econômicos, afetando inclusive de forma frontal os direitos fundamentais e constitucionalmente garantidos dos cidadãos.

Em 06 de janeiro de 2020 o Governo Federal promulgou a lei 13.979/2020, traçando as normas gerais de combate a Pandemia do Covid-19. Tal norma trouxe em seu bojo diversas medidas importantes ao combate a disseminação do vírus como a quarentena, isolamento social, e a realização compulsória de exames e tratamentos médicos. [62]

Em seu artigo 3º o legislador estabeleceu claramente um rol de competências dos atos que deveriam ser praticados nas esferas de cada ente da federação, por meio de seus representantes de governo.

Senão, vejamos :

---

e desses casos aproximadamente 5% podem necessitar de suporte para o tratamento de insuficiência respiratória (suporte ventilatório)". (BRASIL, Ministério da Saúde. 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#interna>. Acesso em 22/06/2020).

61 Diversos estudos estão sendo realizados ao redor do mundo, no intuito de criar uma vacina contra a doença, as previsões são de que entre o fim do ano de 2020 e inicio do ano de 2021 serão entregues os primeiros lotes da vacina. (BRASIL, Ministério da Saúde. Brasil entra em parceria para produção da vacina contra o Covid-19. 27 de Junho de 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47132-brasil-entra-em-parceria-para-producao-de-vacina-contra-covid-19>. Acesso em: 30/06/2020).

> Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: I - isolamento;II - quarentena;V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:a) entrada e saída do País; eb) locomoção interestadual e intermunicipal; § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública. § 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas:II - pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do caput deste artigo;" (BRASIL, Lei n° 13.979/2020)

Conforme se pode depreender da leitura do respectivo texto legal, o legislador infraconstitucional deixou explícito que fica a cargo do chefe do poder executivo, seja ele municipal ou estadual, a competência para definir e executar os atos necessários para o combate à disseminação do Covid-19, dentro daquilo que a Constituição Federal estabeleceu como limites.

Ocorre que, mesmo com tais normas regendo o tema e a necessidade veloz de contenção do vírus tivemos a oportunidade de vislumbrar diversos obstáculos no âmbito da efetivação prática de tais medidas. Diante de um país de grandes dimensões territoriais formado pela união de 26 estados federados e 5.570 municípios, além do distrito federal, com diversas realidades discrepantes os gestores públicos acabaram encontrando dificuldades em selecionar dentre as diversas formas de atuação possível uma política pública efetiva,

que fosse condizente com os efeitos pandêmicos em seus limites territoriais e regionais que estão inseridos.

O resultado desta gestão foi um cenário de política urbana distorcido da realidade e dos seus objetivos fundamentais de gestão democrática e cidadã.

1. IMPACTOS DA PANDEMIA NA POLÍTICA URBANA.

Conforme dito alhures, o Brasil é um país de grandes dimensões territoriais o que resulta em realidades locais extremamente divergentes uma das outras. Desde o início da crise sanitária os, estados e municípios têm desenfreadamente tomado medidas de contenção para impedir a propagação do vírus, como por exemplo: a paralisação de atividades não essenciais, fechamentos dos espaços públicos, suspensão de aulas, entre outros. Foram editadas diversas medidas provisórias, leis e decretos regulatórios durante esse período com o intuito de regulamentar a vida dos cidadãos de forma harmônica e coerente, porém por vezes isonômica devido as questões sociais de cada individuo.

Durante período pandêmico de isolamento social, percebe-se que as atividades de produção e distribuição de renda vêm sido organizadas e adaptadas às necessidades específicas de cada cidadão. È nítido que a nova realidade trouxe ao país diversas fissuras sociais, que evidenciaram as diversas desigualdades existentes no plano material, social e jurídico.

Neste viés, grandes questionamentos passaram a girar em torno destas questões sensíveis, principalmente no que diz respeito sobre a necessidade de adaptações que serão necessárias de serem realizadas nas cidades para a devida vivência coletiva entre os cidadãos.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE CRISES SANITÁRIAS NA GESTÃO URBANÍSTICA.

Lidar crises sanitárias não é novidade para o planejamento urbano, de modo que desde o fim da idade média, medidas sanitárias são impostas nas cidades para combater diversas epidemias como por exemplo, o alargamento de ruas, a abertura dos espaços urbanos, manutenção de saneamento sanitário e abastecimento de água, entre outros. De acordo com dados históricos, na Modernidade, as cidades industriais foram instrumentos para a criação de guetos, cortiços e periferias, de modo que tal movimento foi conhecido na época como urbanismo higienista.

Ocorre que, este urbanismo de conotação higienista continha por trás um planejamento urbanístico burguês, fundado e estabelecido pela elites da época com a intenção de não apenas realizar uma redução dos índices de mortalidade local mas também uma respectiva exclusão social da população mais carente de determinadas áreas nobres da cidades. Na época, a derrubada de cortiços e casarões velhos obrigou a população mais hipossuficientes economicamente a se deslocar para morros e subúrbios com dificuldades de transporte, educação, saúde, saneamento básico entre outros serviços públicos essenciais.

> "Limpa-se das áreas valorizadas e com perspectiva de valorização a população pobre e sem importância e afim de abrir termo pra novas operações de embelezamento. Tenta-se flexibilizar os Planos Diretores que regulariam a função social do solo urbano. Terras públicas, que poderiam ser destinadas a usos coletivos, são colocadas à disposição dos interesses privados. Conselhos e outras instâncias participativas, são vistas como empecilhos que como os anteriores, são "destravados", São desidratados, implodidos, desativados, institutos e dados incômodos sobre desmatamento ou gestão metropolitana"(MARICATO, Erminia.2020)

Neste viés, conforme podemos constatar é ingênuo acreditar que a cidade será usufruída por todas as pessoas, o modelo de cidade pandêmica tem demonstrado uma profunda concentração de renda, produção e consumo em massa. Neste viés,constantamos que:

> "A adaptação das cidades capitalistas às epidemias não é de todo inviável, mas sendo o próprio capitalismo uma das causas das epidemias, é ingênuo acreditar que essas cidades seriam usufruídas igualmente por todas as pessoas, e que países do capitalismo periférico teriam condições de implementar tais modelos em larga escala."(DOMINGUES, Eduardo.2020)

A realidade nos mostra que os gestões urbanísticas se preocuparam em implantar diversas restrições de contenção dos vírus, no entanto se esqueceram das necessidades de formalização de um núcleo de agenda transformadora para as cidades, com o intuito de mobilidade urbana, saneamento e dignidade para os cidadãos. Atualmente, vislumbramos um cenário social onde as pessoas são todas igualmente reféns da pandemia, porém desiguais em suas formas de gestão.

Atualmente, as cidades têm sido envoltas por diversos trabalhadores de baixa renda, que além de não possuírem moradias adequadas, necessitam sair diariamente de seus cômodos para trabalhar nos grandes centros urbanos para parte de indivíduos de classe média e alta, que vivem confinados em seus lares.

Nesta perspectiva de forma assertiva a Emilia Maricatto afirma o seguinte:

> "A gestão urbana e os investimentos públicos aprofundam a concentração de renda e a desigualdade. Mas a representação da 'cidade' é uma ardilosa construção ideológica que torna a condição de cidadania um privilégio e não um direito universal: parte da cidade do lugar do

> todo. A cidade da elite representa e encobre a cidade real. Essa representação, entretanto, não tem função apenas de encobrir privilégios, mas possui principalmente, um papel econômico ligado à geração e captação de renda mobiliária."(MARICATO, Erminia.2020)

O embate fundamental entre a realidade da pandemia e as suas conseqüências se reflete no fato de analisarmos as responsabilidades estatais em ofertar condições mínimas de serviços públicos fundamentais como saneamento básico, saúde, educação, entre outros. Se o capitalismo e a globalização produz pobres, pensar o lugar deles na cidade não é apenas uma opção e sim um dever.

Vivenciamos um momento na história urbanística marcada pro avanços e retrocessos que demonstra grande instabilidade nos mecanismos de democracia e combate as desigualdades sociais já existentes no país.

A solução para tais embates apenas pode vir a ser encontrada por meio do diálogos e cooperações entre o poder público e seus cidadãos. Ou seja, para além das propostas setoriais, é preciso compor de modo conjunto as forças que têm a cidade "ora como pauta, ora como palco"(MARCIATO, Erminia.2002), para encontramos de forma efetiva o seu repertório de ação.

O urbanismo brasileiro no âmbito de enfrentamento a pandemia, não tem comprometimento com a realidade concerta de todos os cidadãos, e sim apenas com a ordem que diz respeito a uma parte da cidade. É uma forma de urbanização que segrega e exclui.

3. AS CIDADES E SUA FUNÇÃO DEMOCRÁTICA.

As cidades são um fenômeno social atemporal que assume características distintas a depender da época e da comunidade. Apesar das diversas transformações vividas diariamente por tais cidades podemos concluir que o que elas possuem em comum são as suas

questões coletivas que são necessárias para o desenvolvimento da comunidade e das relações sociais.

O reconhecimento do aumento das desigualdades sociais urbanas tornou a luta pelo acesso a cidade um importante movimento de reconhecimento de cidadania e dignidade da população que passaram a pleitear movimentos de reforma urbana. Este movimento conseguiu através da emenda popular introduzir dois artigos primordiais na Constituição Federal. Os artigos 182 e 183 da CF inseriu no ordenamento pátrio inovações jurídica que levaram o tratamento das cidades como bem público, vejamos:

> CAPÍTULO II DA POLÍTICA URBANA
> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.
> § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.
> § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.
> § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.
> § 4º É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:
> I - parcelamento ou edificação compulsórios;
> II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

> III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.
>
> Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
> § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
> § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.
> § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Neste viés, diante do Estado Democrático de Direito não conseguimos vislumbrar um futuro melhor para as cidades e para a população sem um devido planejamento urbano. O planejamento urbano deve ser a expressão democrática da cidade, caso se pretenda combater alguma desigualdade social. É inquestionável a crescente importância das políticas publicas para a caracterização dos comandos normativos existentes em nossa Constituição Federal, tendo em vista que as políticas públicas se tornaram ao longo dos anos instrumentos de realização de novos direitos sociais, da mesma forma que o estado encontrou nelas um local onde pode ser desenvolvida de forma eficaz a atuação administrativa.

Quando se trata de gestões de crises o que se deve analisar é que apesar da cidade ser vista como fonte de oportunidades de negócios lucrativos pela iniciativa privada, o poder público deve avaliar suas atuações com o intuito de se alcançar uma visão de cidade que alcance

o interesse coletivo. A cidade é de seus cidadãos, que devem ser ouvidos e consultados no momento de gestão desse bem coletivo, não deixando essa função apenas nas mãos de planejadores, assessores e técnicos do poder publico. A pandemia evidenciou as contradições em torno do modelo neoliberal, tendo em vista que ressalta as fragilidades de um sistema de políticas publicas do estado capitalista capaz de retroceder quanto às conquistas sociais vigentes. Precisamos pensar em políticas publicas e gestões de crise para a população como um todo, abrir espaço para formulações sobre o futuro em comum do povo.

A democracia enquanto princípio e prática política não é definida apenas pelo tipo de procedimento usado para selecionar lideres ou a forma pelo qual o processo decisório é realizado, mas também pelo controle e orientação da qualidade do processo de tomada de decisão por meio de discussão entre os cidadãos a respeito das ações dos dirigentes democraticamente eleitos.

Logo, considerando o debate sobre a gestão democrática das cidades no momento pandêmico entendemos que as falhas existentes nas normas e restrições, e, até mesmo para além dela, podem contribuir frontalmente para a ampliação das desigualdades sociais do estado devido as desconsideração no planejamento de crise das populações mais vulneráveis bem como as características especificas de cada localidade que por vezes possuem falhas em seu acesso a serviços públicos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste viés, em termos de formação social podemos realizar uma determinada análise critica sobre a respectiva formação social. O advento da pandemia COVID-19 realçaram as desigualdades do país em que se pode visualizar de forma clara a imposição de uma estrutura social marcada por uma determinada burguesia e camadas médias intermediárias e superiores da população e de outro lado extremo oposto a formação de gigantescas parcelas das classes trabalhadoras

submetidas a informalidade, precarização, marginalização social e acesso restrito aos direitos sociais como educação, saúde e previdência.

Diante desse cenário, acaba se instaurando no país um verdadeiro caos ocasionado pela desarmonia, tendo em vista tantas normatizações, que em sua grande maioria se mostraram contraditórias na prática. É evidente que não se pode reverter essa realidade sem reverter os rumos das relações sociais, logo, como conseqüência direta dessa situação, gera-se, em um momento já tão delicado, mais incertezas e inseguranças para a população, que necessita, mais do que nunca, de um governo agindo em harmonia e garantindo uma atuação coordenada com o novo paradigma urbano,

Considerando a discussão existente sobre a gestão democrática das cidades, o impacto da falta de colaboração federativa e planejamento participativo as cidades resulta, e um cenário de potencializarão das incertezas de política públicas sociais. Desse modo, devido às incontáveis particularidades do nosso país somado a enorme extensão territorial, múltiplas diversidades culturais e díspares realidades socioeconômicas devemos reavaliar as atuações do estado capitalista quanto as conquistas dos direitos sociais, do modo a não retrocede-la. O que se busca é construir através das adversidades a construção de um projeto para as cidades no Brasil, que embora heterogêneas e relativamente dispersas, aproximam-se do anseio das cidades mais democráticas e com qualidade de vida para os seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

Ascom/Anvisa. 24 de Março de 2020. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias?p_p_id=101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_groupId=219201&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_urlTitle=delegacao-de-competencia-acoes-de-controle-em-rodovias&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_

INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_assetEntryId=5822600&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_type=content>.

Lei n° 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Diário Oficial da União Congresso Nacional, Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>.

BRANDÃO, Rodrigo. Coronavírus e o conflito federativo. Revista Jota. 11/04/2020. Link: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-e-o-conflito-federativo-11042020#_ftn1. Acesso: 30/06/2020.

BRASIL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC N° 353 de 23/03/2020. Diário Oficial da União, 23/03/2002. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/RDC_353_2020_.pdf/48c83482-f4a0-41ad-bd91-26c855e06da4>.

BRASIL, Luciano de Faria. Direito Urbanístico e Políticas Públicas: Do Planejamento Urbano À Gestão Urbanística. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre. N.74. jul.2013-dez.2013. pag. 99-118.

BRASIL, Ministério da Saúde. Brasil entra em parceria para produção da vacina contra o Covid-19. 27 de Junho de 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47132-brasil-entra-em-parceria-para-producao-de-vacina-contra-covid-19>. Acesso em: 25.06.2021

DOMINGUES, Eduardo. Termômetro na portaria, 'guarda-roupa da rua', mais ciclovias: a cidade pós-pandemia. O Globo. 15.05.2020. Link: https://oglobo.globo.com/cultura/termometro-na-portaria-

guarda-roupa-da-rua-mais-ciclovias-cidade-pos-pandemia-24427785. Acesso em: 03.05.2020.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2009). « Perfil dos Municípios Brasileiros – 2020 ». Link. https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html?view=municipio .Consultado em 29 de junho de 2020.

MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias. In: MARICATO, Ermínia; VAINER, Carlos; ARANTES, Otília. A cidade do pensamento único: desmanchando consensos. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

MARICATO. Erminia T. Menon. COLOSSO. Paolo. Balanço e perspectivas sobre a crise urbana. Semestrário 2020. 01-v.05.n. 10 2020.

MARQUES Vitor. A constrangedora posição dos municípios na pandemia da Covid-19. Revista Consultor Jurídico, 28 de maio de 2020. 12h35.(Link:< https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/vitor-marques-municipios-pandemia-covid-19>. Acesso: 29/06/2020).

MOULIN. S. Angela. Plaejamento Urbano: pra que? e pra quem?Revista de Direito da Cidade. Vol. 04. Nº01. Pag. 91-119.

PANDEMIA DA COVID-19: REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR QUANDO DA CONTAMINAÇÃO DE SEU EMPREGADO

Ana Luiza Demarque Dias[63]
Arthur Bastos Rodrigues[64]
Sarah Rubia Alves Amorim[65]
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro[66]

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a discussão acerca da responsabilidade civil do empregador em situações de contaminação de seu empregado pelo vírus da COVID-19, dessa forma, possui como finalidade analisar qual será a responsabilidade aplicada nos casos em específicos. Contudo, com esse propósito será explorado sobre a responsabilidade civil no ordenamento jurídico e, ademais sobre a efetiva responsabilidade civil do empregador pela contaminação de seu empregado, enfatizando as peculiaridades dos casos apresentados. Posto isso, destaca-se a metodologia usufruída para atingir o objetivo almejado, como referências bibliográficas de doutrinas jurídicas, bem como artigos publicados e análise documental em processos judiciais trabalhistas.

63Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Faminas-Muriaé. E-mail: analuizademarque@gmail.com

64 Professor do Centro Universitário Faminas-Muriaé. Doutorando e Mestre pela UFF. Advogado. E-mail: arthur.rodrigues@unifaminas.edu.br

65 Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Faminas-Muriaé. E-mail: rubisarah15@gmail.com

66 Professora do Centro Universitário Faminas-Muriaé. Mestra em Direito Processual pela UCP. Especialista em Direito pela UFRRJ. Advogada. E-mail: thaysaaquino@hotmail.com

Dessa forma, é válido ressaltar que, observa-se o início da pandemia da COVID-19com grandes números de casos na China no final do ano de 2019, tendo se espalhado rapidamente por todo o mundo, gerando consequentemente uma pandemia mundial, contudo, o Ministério da Saúde afirma que o primeiro caso no Brasil foi em janeiro do ano de 2020, ocasionando uma assustadora propagação do vírus por todo o país através da comemoração festiva do carnaval do mesmo ano.

Ressalta-se que, é de conhecimento de todos com relação à pandemia da COVID-19 no qual é vivenciada atualmente por todo o mundo e, em especial a situação precária que o Brasil enfrenta, com crises em diversos âmbitos, sendo esta visível na área da saúde, com hospitais lotados, falta de leitos para atender a demanda, de insumos, medicamentos necessários e aparelhos específicos para os tratamentos, bem como em relação à economia, em que registra um estágio de declínio, afetando muitos empregadores e empregados, aumentando até mesmo o número de desempregados, ademais, pontua-se também um desfalque na educação de todo o país.

É imprescindível analisar a gravidade desse vírus na sociedade, com grandes números de infectados, altíssimos casos de mortes, tendo em vista, diversas medidas preventivas tomadas com o intuito de diminuir a enorme propagação e principalmente os números de casos e mortes do país, como o início da quarentena, incentivo de distanciamento social para a população, e em caso de infecção do vírus sendo a recomendação o total isolamento para que não se transmita a outras pessoas. Com isso, o uso de máscara e álcool em gel é inevitável em qualquer situação por todos.

Posto isso, é perceptível a mudança da rotina de diversas empresas diante a situação da pandemia da COVID-19, com a redução do quadro de funcionários por amplos fatores, como restrição de orçamento com a crise econômica, bem como com altos números de contaminações de empregados, o que impossibilita o trabalho por parte destes, com isso, é necessário analisar a responsabilidade do empregador em acatar os decretos impostos pelos órgãos responsáveis

e em casos de contaminação dos empregados. Dessa forma, através dessa análise da responsabilidade civil do empregador, observa-se, o entendimento dos Tribunais pela aplicação da responsabilidade civil do empregador como objetiva em casos de contaminação do empregado pela COVID-19, com a devida comprovação do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela contaminação e a conduta do empregador.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

É necessário abordar a temática da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro para melhor entendimento em relação à responsabilidade civil do empregador em tempos da COVID-19, sendo situações recorrentes que acontecem nesse tempo de pandemia que assola o país, causando diversas consequências negativas em múltiplas áreas, contudo, o número de empregados que adoecem em razão do alto cenário de contágio pelo vírus aumenta gradativamente.

Dessa forma, existe a responsabilidade civil decorrente de algumas situações, no qual a responsabilidade civil contratual se evidencia em razão de uma determinada desobediência a alguma norma ou regra prevista no contrato, ou seja, quando há o descumprimento de alguma obrigação, bem como a responsabilidade civil extracontratual ocorre quando há a inobservância a algum preceito normativo que regulamenta a vida, por alguma pessoa. (TARTUCE, 2019).

Outrossim, a princípio, pontua-se que, todo prejuízo causado por uma ação ou omissão, decorrente de ato ilícito, deverá ser reparado por quem o causou, conforme artigo 927 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), trata-se de uma obrigação de assumir as consequências jurídicas da conduta danosa. Conforme nos lembra Flávio Tartuce (2019), o artigo 186 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) traz essa perspectiva de toda vez que um ato ilícito causar lesões a direitos, ele será indenizável como prevê o artigo 5º, incisos V e X, da

Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), podendo estar presentes o dano material, o dano moral ou qualquer outra categoria de dano.

Posto isto, com a responsabilização civil do indivíduo causador do dano, além da reparação do dano, para compensar as perdas, se busca também desestimular a prática dessas condutas antijurídicas. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019), apontam que todo dano causado, não importando suas circunstâncias, é de interesse da coletividade, visto que o dano causado na esfera pessoal do indivíduo irá repercutir na sociedade, de uma forma ou de outra.

Assim, para aferir a responsabilidade civil é preciso que os seus elementos estejam presentes, sendo eles: a conduta praticada pelo indivíduo, podendo essa ser comissiva ou omissiva; o dano que foi causado, pois sem o dano não há que se falar em responsabilidade civil; e por último, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, isso porque nem sempre o resultado é causado pelo ato do agente, logo, o nexo de causalidade é o liame entre a conduta danosa e o resultado causado.

No que concerne a conduta humana, essa pode ser uma ação voluntária, ou comissiva, sendo este um fazer consciente, achando que poderia impedir o resultado lesivo, é uma conduta ativa. Todavia, poderá ser negativa, ou omissiva, quando se deixa de fazer algo que deveria. O dano é a lesão a um interesse jurídico tutelado, podendo ser patrimonial ou não, ocorre quando se caracteriza uma redução, seja ela imaterial ou material.

Desse modo, o dano material é a perda patrimonial da pessoa, são os gastos e os prejuízos materiais que lhe foi causado pelo ato ilícito. Em contrapartida, o dano moral consiste na lesão de direitos cujo o conteúdo não é, a princípio, valorado, desse modo, o dano moral é aquele que causa prejuízo nos direitos personalíssimos da pessoa, como sua intimidade, autoestima, imagem, bem como outros. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Depois de todo o exposto, é necessário salientar que, a responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva. Dessarte, na

responsabilidade civil subjetiva somente será responsável aquele que agir ilicitamente de forma culposa, sendo o elemento culpa essencial para se ter a responsabilidade civil subjetiva, necessitando que se comprove que o indivíduo causador do ato, teve a culpa ao agir de tal forma danosa, ressalta-se que, a conduta culposa é um ato ilícito, mas não necessariamente um crime. Em regra, no ordenamento jurídico brasileiro tem-se que a responsabilidade civil do indivíduo é subjetiva, respondendo ele pela própria culpa, nota-se que, é a vítima que tem o ônus de comprovar a culpa do agente causador do dano. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Por outro lado, temos a responsabilidade civil objetiva, a qual para que o autor do dano seja responsabilizado, se dispensa comprovar a culpa. De acordo com o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), a responsabilidade será objetiva quando a lei assim prevê ou então em situações em que a atividade é de risco, sendo que a atividade de risco pressupõe a busca de um proveito, em geral, de natureza econômica que surge em decorrência da atividade potencialmente danosa.

Por fim, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019) aduzem que no direito brasileiro há a regra geral dual de responsabilidade civil, visto que, em regra, para que o indivíduo seja responsabilizado, é preciso comprovar o elemento culpa, contudo, essa regra coexiste com a responsabilidade civil objetiva, no qual se entende que existem situações, com enfoque nos casos em que o dano é devido à atividade de risco do agente causador do dano, em que este será responsabilizado independentemente de culpa.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELA CONTAMINAÇÃO DO EMPREGADO

Destarte, tendo em vista a exposição acerca da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, nota-se, fundamental a reflexão sobre a responsabilidade civil do empregador quando da contaminação de seu empregado no atual momento vivenciado

pela pandemia mundial da COVID-19, sendo que, inesperadamente qualquer empregado pode vir a se contaminar em seu local de trabalho, em muitos casos indo até mesmo a óbito, desfalcando dessa forma os trabalhos em geral, pois em suspeita de infecção ou esta tendo sido comprovada, o empregado não pode continuar com suas atividades diárias, devendo, portanto, se afastar por um período e cumprir o isolamento.

Posto isso, os artigos 6º e 7º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) asseguram, como direito de todo cidadão, o trabalho, sendo observadas todas as garantias exigidas, todavia, no artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) relata o direito de que por meio de medidas necessárias de saúde, segurança e higiene reduza o risco inerente ao trabalho, uma vez que, os empregados consequentemente são expostos ao risco de contaminação em locais de trabalho. Dessa forma, o artigo 196 da Magna Carta (BRASIL, 1988) garante a saúde como direito de todos.

Contudo, nota-se uma discussão acerca da responsabilidade civil do empregador em relação a acidente de trabalho, e dessa forma, com a pandemia, faz-se necessário esse debate em casos de contaminação pelo vírus da COVID-19. Entretanto, baseado no artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em regra, a responsabilidade civil do empregador é subjetiva, pois o empregado possui o direito a seguro em casos de acidente de trabalho, devendo o empregador indenizá-lo em situações de culpa ou dolo, ou seja, este possui a responsabilidade mesmo quando derivar de culpas leves, tais como imprudência, negligência e imperícia. (MELO, 2019). Salienta-se, dessa forma, a inobservância do empregador em relação às medidas necessárias a serem adotadas para melhor segurança e proteção dos empregados nos locais de trabalho.

No entanto, existe uma flexibilização dessa regra, comportando exceção como na grande maioria dos casos no âmbito do Direito, podendo dessa forma ser reconhecida a responsabilidade civil objetiva do empregador, uma vez que, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu em tese de repercussão geral do RE n. 828040 (Tese nº 932),

que o citado artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) é em conformidade ao artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), dessa forma, o empregado possui direito à indenização quando trabalhar em alguma atividade que possua exposição a risco e sofrer danos em razão de algum acidente de trabalho, não necessitando, portanto, de que haja comprovação de dolo por parte do empregador ou culpa. (MELO, 2019).

Tendo em vista que, o parágrafo único do referido artigo 927 (BRASIL, 2002), explicita que haverá a responsabilidade civil, quando a atividade desempenhada pelo autor causar risco ou em casos específicos em lei, não dependendo, dessa forma, de culpa, ressalvando assim, o dever do empregador em promover um local de trabalho seguro, higienizado e seguindo as medidas de saúde em todos os tipos de atividades desenvolvidas, portanto, é incluso nessa responsabilidade civil a contaminação do vírus da COVID-19 pelo empregado.

Ademais, é importante frisar que, em relação à responsabilidade civil objetiva, analisam-se circunstâncias em que há um risco acentuado, em razão da própria natureza da atividade desenvolvida, no entanto, presumindo a responsabilidade do empregador, uma vez que, este supervisiona e contrata os serviços realizados pelo empregado. (CAVALCANTI, 2020).

Contudo, exemplos de empregados que se expõem a atividades de risco, citam-se os profissionais da saúde que trabalham frente à COVID-19, dessa forma, entende-se, que, será em razão da atividade de risco que desempenham eventual infecção do vírus. Ressalta-se, dessa forma, que, será possível a inversão do ônus da prova, em relação à responsabilidade objetiva do empregador, em situações específicas de atividades desenvolvidas. (CAVALCANTI, 2020).

Diante o exposto, é válido ressaltar que, com a pandemia em seu vigor, o Presidente Jair Bolsonaro, no dia 22 de março de 2020 publicou a Medida Provisória nº 927/2020, a qual possui medidas a serem tomadas no âmbito trabalhista para garantir o direito e a saúde pública dos trabalhadores enquanto dura o combate contra a COVID-19.

Sobre a temática, para André Machado Cavalcanti (2020), o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar as ADIs 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354, e suspender a eficácia do artigo 29 da Medida Provisória nº 927/2020, teve como entendimento que para que ocorra a responsabilidade como acidente de trabalho, a contaminação da COVID-19 pelo empregado, necessita da comprovação entre o dano causado com a conduta do empregador, é a presença do nexo de causalidade.

Dessarte, Thiago Barison de Oliveira (2020), ressalta que, a decisão do STF que suspendeu o referido artigo, em se tratando das atividades essenciais, as quais foram excluídas do isolamento social, a responsabilidade é objetiva, visto que, o fato de sair de casa para trabalhar já configura o risco, assim, os empregadores deverão indenizar os empregados que se contaminaram com a COVID-19, salvo se comprovado que a contaminação ocorreu por outro motivo que não o trabalho.

Contudo, apesar de todo exposto, é importante salientar que, a Medida Provisória nº 927/2020 perdeu sua eficácia, uma vez que o seu prazo de vigência expirou sem que houvesse sua conversão em lei, fazendo assim com que novos debates sobre a Medida Provisória surgissem. (GOMES; BENEVIDES, 2020).

Logo, em razão da reflexão relativa à responsabilidade civil do empregador em casos de contaminação do empregado em tempos da pandemia da COVID-19, consideram-se exemplos práticos para melhor entendimento sobre a abordagem do tema.

Em análise ao caso do Processo número 0010626-21.2020.5.03.0147 na 1ª Vara do Trabalho de Três Corações (MG), o juiz da Justiça do Trabalho reconheceu a responsabilidade objetiva do empregador, sendo que este não demonstrou o acolhimento de todas as medidas de segurança necessárias frente à pandemia, no entanto, a Justiça do Trabalho assentiu como acidente de trabalho a morte pela COVID-19 na situação em questão, uma vez que, o empregador se responsabilizou ao assumir o risco em relação ao empregado trabalhar durante a pandemia como motorista. (BETTENCOURT, 2021).

Dessa forma, a família alega que, em razão das atividades desenvolvidas pelo empregador, este foi contaminado pelo vírus da COVID-19, desencadeando tal situação em seu óbito, contudo, na defesa do empregador declarou seguir todas as diretrizes de segurança com a pandemia, informando não ser acidente de trabalho a presente situação.

No entanto, ao julgar o caso, o juiz da Vara do Trabalho de Três Corações (MG), concedeu razão para a parte requerente, sendo esta a família da vítima, referindo na sentença acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) explanada anteriormente, que, ao julgar a ADI nº 6342, ocorreu a suspensão do artigo 29 da Medida provisória nº 927/2020, contudo, com a redação desse artigo entende-se sobre a impossibilidade da comprovação do nexo causal, ou seja, a relação do trabalho desenvolvido pelo empregado e a sua contaminação pela COVID-19, cabendo, portanto, referenciar a Tese nº 932, a qual possui repercussão geral reconhecida. (BETTENCOURT, 2021).

Em razão ao explanado no presente artigo, verifica-se o risco pertinente a determinadas atividades desempenhadas pelos empregados, além do dever do empregador de garantir um ambiente seguro e higienizado para todos os trabalhadores, observadas todas as medidas necessárias em relação à pandemia da COVID-19. Posto isso, nesse caso, o juiz prevê a responsabilidade objetiva do empregador, visto que este assume o risco de futuros acontecimentos em razão da exposição do empregado ao trabalhar enquanto perdura a pandemia. Com isso, a exemplo prático da discussão acerca da responsabilidade civil do empregador, no caso do motorista, o juiz reforça o fato do risco de contaminação pela sua atividade, ao se expor, por exemplo, nos pátios de carregamento de clientes e colaboradores, bem como ao uso de banheiros precários, sendo bem comuns essas instalações nos pontos de parada, dentre outros lugares passíveis de infecção do coronavírus. (BETTENCOURT, 2021).

Ademais, o juiz declarou que baseado no caput do artigo 8º, parágrafo 1º da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 (BRASIL, 1943), coaduna a aplicação do artigo 927, parágrafo único do Código

Civil de 2002 (BRASIL, 2002), tal artigo utilizado para o embasamento da responsabilidade civil, no entanto, prejudicando a defesa argumentar sobre a não existência de culpa. Portanto, para o juiz exclui-se o nexo de causalidade entre a contaminação pela COVID-19 e a atividade desenvolvida se a vítima possuir culpa exclusiva em relação a sua infecção, porém, para o mesmo não se comprovou por parte do empregador a observância de todas as normas e medidas necessárias a serem adotas com relação à prevenção nesse período da pandemia. Desse modo, como para o juiz não houve a comprovação do uso de todas as medidas fundamentais que pudessem evitar e reduzir o risco de exposição do empregado frisou a responsabilidade civil objetiva da empresa, culminando-a ao pagamento de indenização a família da vítima da morte pela COVID-19, a qual ocorreu em razão do trabalho exercido pelo motorista.

Tratando sobre a mesma temática, o Tribunal Regional do Trabalho da 13º região ao decidir o recurso ordinário de número 00006131920205130006, no dia 16 de abril de 2021, entendeu que no caso em questão não foi comprovada a responsabilidade objetiva do empregador, negando assim provimento ao recurso. Assim, na situação do caso objeto de recurso, o empregado entrou com pedido de danos morais em face do empregador em decorrência da contaminação da COVID-19, contudo, não houve a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do empregador e o dano, sendo assim, não restou caracterizado a responsabilidade objetiva do empregador, além disso, o empregador comprovou que tomou as medidas necessárias para que o trabalho fosse exercido com a cautela devida, seguindo os protocolos de prevenção.

Ademais, acerca da responsabilidade civil objetiva nota-se outro debate, no qual, nesse sentido, o artigo 157 da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 (BRASIL, 1943), expresso no capítulo da segurança e da medicina do trabalho, em que essas normas devem ser cumpridas pelas empresas, dessa forma, afirma que estas são responsáveis pela fiscalização, bem como pelo cumprimento da medicina do trabalho e das normas de segurança. Posto isso, diante essa responsabilidade das

empresas, deve haver instruções para seus empregados em relação às precauções que necessitam ser adotadas com o intuito de evitar doenças do trabalho. Dessa forma, com o objetivo de prevenção, salienta-se a adoção das normas adequadas, para que assim, evite danos à saúde de seus empregados.

Entretanto, na atual situação vivenciada pela pandemia da COVID-19, foi editado o Ofício Circular SEI nº 1247/2020/ME no qual regulamenta instruções destinadas aos empregadores do setor da construção civil, objetivando evitar a proliferação da COVID-19.

Contudo, como analisado, incube ao empregador a responsabilidade pela higiene e saúde de seus empregados, com a promoção de um local seguro para o trabalho, de acordo com as medidas de saúde necessárias, dessa forma, cabe também aos empregados analisar essas medidas com o propósito de acautelar e reduzir a contaminação da COVID-19, salienta-se, portanto, que diante os problemas gerados na economia em razão da pandemia, deve haver a observância dessas medidas para que garanta os empregos.

Outrossim, no âmbito da responsabilidade do empregador, como tema abordado, destaca-se, a Convenção da Organização Internacional do Trabalho – OIT nº 155, em que aborda sobre a segurança do trabalho e da saúde. Frisa no artigo 16, inciso III da citada Convenção, que, os empregadores devem prover os equipamentos de proteção apropriados com o objetivo de precaver eventuais riscos de acidentes ou prejuízos a saúde de seus empregados, quando necessário.

Pontua-se ainda que, o artigo 166 da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 (BRASIL, 1943) dispõe que as empresas são obrigadas a fornecer aos seus empregados a proteção individual adequada ao risco, e essa proteção deverá estar em perfeito estado de conservação e funcionamento, logo, entende-se que, os empregadores têm a obrigação de fornecer equipamentos de proteção, em especial máscaras protetivas contra a COVID-19 e de forma gratuita aos seus funcionários. Além disso, é obrigação da empresa seguir as medidas preventivas, as condições de salubridade, segurança e medicina do trabalho, promovendo um meio ambiente de trabalho saudável. Nesse

sentido, o artigo 191 da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 (BRASIL, 1943) prevê que a insalubridade do local de trabalho deverá ser eliminada ou pelo menos neutralizada com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho, bem como, com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da pandemia mundial da COVID-19, conclui-se que, este vírus além de causar grandes números de infectados e mortes, gerou consequências negativas em diversos e diferenciados âmbitos no Brasil e no mundo, atacando a vida e o cotidiano de milhares de pessoas, necessitando da adoção de medidas de segurança e de proteção para que se evite a propagação deste vírus.

Posto isso, como analisado ao longo do artigo, com as situações decorrentes da pandemia, é necessária a análise acerca do debate sobre a responsabilidade civil do empregador, gerando uma discussão sobre o reconhecimento da responsabilidade civil subjetiva ou objetiva.

Dessa forma, evidencia-se que, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a responsabilidade civil subjetiva, em que está vinculada com a comprovação da culpa, no entanto, conforme os Tribunais de Justiça, bem como através de decisões analisadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), percebe-se que, a responsabilidade civil do empregador está sendo reconhecida como objetiva nos casos de contaminação da COVID-19 pelo empregado, uma vez que, há a flexibilização da regra sobre a responsabilidade civil, logo, desde que seja comprovado o nexo de causalidade entre a conduta do empregador e o dano sofrido pela contaminação da COVID-19, este será responsabilizado, como por exemplo, através de indenização em face do empregado ou até mesmo da família deste.

Frisa-se que, é importante a análise da atividade desempenhada pelo empregado, como a exposição ao risco de contaminação do vírus, bem como a observância da providência com relação às medidas

necessárias de segurança e higienização em razão da situação da COVID-19 por parte do empregador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Rodolfo Pires. **Como surgiu o coronavírus e como afeta a população mundial**. Disponível em: https://www.gndi.com.br/saude/blog-da-saude/como-surgiu-o-coronavirus. Acesso em: 29/05/2021.

BETTENCOURT, Grupo. **Justiça do Trabalho reconhece morte por Covid-19 como acidente de trabalho - indenização será de R$ 200 mil.** Disponível em: https://bettencourt.jusbrasil.com.br/noticias/1197572926/justica-do-trabalho-reconhece-morte-por-covid-19-como-acidente-de-trabalho-indenizacao-sera-de-r-200-mil.Acesso em: 30/05/2021.

BRASIL. **Constituição** da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º. mai. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 11/05/2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10. jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 29/05/2021.

BRASIL. Ministério da Economia. **Ofício Circular SEI nº 1247/2020/ME.** Disponível em: https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/covid-19-1/covid_19_construcao_civil_orientacoes_gerais.pdf. Acesso em: 29/05/21.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário Nº 00006131920205130006. Relator: Wolney de Macedo Cordeiro, João Pessoa. Data de Julgamento: 13/04/2021; Data de Publicação: 16/04/2021. TJSP. Disponível em: https://trt-13.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1194315173/recurso-ordinario-rito-sumarissimo-ro-6131920205130006-0000613-1920205130006/inteiro-teor-1194315203. Acesso em: 30/05/2021.

CAVALCANTI, André Machado. **A responsabilidade do empregador pela contaminação do trabalhador com Covid-19.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/andre-cavalcanti-responsabilidade-empregador-covid-19#:~:text=No%20contexto%20acima%20exposto%2C%20havendo,dolo%20ou%20culpa%2C%20cabendo%2Dlhe. Acesso em: 29/05/2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES, Antônio Cleto; BENEVIDES, Sylvia Vilar Teixeiras. **Os efeitos da medida provisória 927 de 22 de março de 2020 não convertida em lei.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/331767/os-efeitos-da-medida-provisoria-927-de-22-de-marco-de-2020-nao-convertida-em-lei. Acesso em: 29/05/2021.

MELO, Raimundo Simão de. **STF decide que empregador tem responsabilidade civil objetiva em acidentes de trabalho.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-13/stf-decide-empregador-responsabilidade-civil-objetiva. Acesso em: 29/05/2021.

OLIVEIRA, Thiago Barison de. **Contaminação por covid-19, acidente de trabalho e a responsabilidade do empregador.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/330035/contaminacao-por-

covid-19--acidente-de-trabalho-e-a-responsabilidade-do-empregador. Acesso em: 29/05/2021.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 155 de 1981**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em: 11/05/ 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 2**: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OS PRINCÍPIOS GERAIS DOS CONTRATOS E A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

Lucas Milani Silva[67]
Thaysa Navarro Aquino[68]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, por meio de abordagem qualitativa, visa discorrer sobre a importância dos princípios regentes dos contratos frente a pandemia da Covid-19 que assola tanto o Brasil como o mundo. Estima-se que por meio da análise dos institutos a serem trabalhados aqui que fique evidente a fundamentalidade da aplicação direta da principiologia que norteia o Código Civil de 2002, em especial aos princípios das relações contratuais, frente ao evento de tamanha magnitude que assola nosso país.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O Brasil já passou por inúmeras mudanças legislativas que ditavam as relações interpessoais. Incialmente, vivemos sob a égide das Ordenações Filipinas, que tratava dos assuntos civis em seu Livro IV. Posteriormente, passamos ao Código Civil de 1916, um Código Civil elaborado com base no projeto proposto por Clóvis de Beviláqua, possuindo como princípios fundamentais o princípio da liberdade contratual e o da força obrigatória dos contratos, além disso, sendo confeccionado com ênfase nas características da época de sua elaboração, quais sejam, uma sociedade com caráter individualista, patrimonial e patriarcal.

67 Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Faminas – Muriaé. E-mail: lucasmilani6546@gmail.com.

68 Professora do Centro Universitário Faminas-Muriaé. Mestra em Direito pela UCP. Especialista em Processo pela UFRRJ. Advogada. E-mail: thaysaaquino@hotmail.com

O Código Civil de 2002 superou tais características de seu antecessor, sendo baseado por princípios que visam a coletividade, a harmonia, o bom convívio social, sendo tais características fundamentais para a sobrevivência das relações interpessoais em momentos como o que o Brasil atravessa atualmente.

Segundo os ensinamentos do doutrinador Flávio Tartuce (2020), a ideia de contratos é tão antiga quanto a própria sociedade, aja vista que, a ideia de sociedade pode ser compreendida pela ótica do "Contrato Social", proposta pela conceituada tríade de filósofos contratualistas clássicos, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

Os contratos se mostram presentes em nossa vida durante os mais variados momentos, indo desde os atos mais complexos, até os mais simples. Basta que haja um acordo de vontade entre as partes envolvendo um bem, ou a prestação de um serviço para que este se configure. O simples fato de se reunir com os amigos em um restaurante para uma comemoração já envolveu inúmeros contratos existentes no ordenamento civil.

De forma tal, quando citamos a pandemia do Covid-19, podemos, com a breve análise fática, inferir como ela alterou completamente as relações pessoais. Haja vista que, um evento que antes era visto como rotineiro, o simples fato de apertar as mãos para selar um contrato, tornou-se um evento raro e de elevada periculosidade devido as características do vírus em especial sua transmissibilidade e letalidade.

Na seara do Direito Brasileiro podemos perceber que a pandemia afetou diretamente as relações interpessoais e de consumo. De forma a se fazer necessária maximização dos princípios do Direito Civil norteadores dos contratos.

Os princípios norteadores das relações contratuais, em especial, segundo o doutrinador retro mencionado, são: os princípios da função social dos contratos, princípio da boa-fé objetiva, da intervenção mínima, do consensualismo, da autonomia privada etc.

Ao observarmos o cenário pandêmico no qual nosso país se encontra podemos perceber claramente a aplicabilidade de tais

princípios nas relações interpessoais, em especial, ao observarmos dois tipos específicos de contratos, sendo eles os contratos de execução continuada e aqueles em que uma das partes sofreu uma grande redução da capacidade de adimplir com a obrigação assumida em decorrência da pandemia.

Na primeira hipótese, não havia como prever que as partes não poderiam cumprir com suas obrigações em decorrência da pandemia, não havia mecanismo capaz de prever que tal evento seria nocivo ao ponto de se perpetuar por mais de um ano e causar tantos danos quanto o vírus da Covid-19 vem causando.

Na segunda forma contratual, os contratos não necessariamente devem possuir a característica da permanência, basta que uma das partes se torne incapaz de adimplir com a obrigação por conta da pandemia que assola nosso país. Em ambos os casos, se houver a exigência da parte que a obrigação seja adimplida, a que se encontra incapaz poderá invocar em sua defesa o princípio da função social dos contratos, bem como o da boa-fé objetiva, buscando evitar a configuração da onerosidade excessiva, instituto expressamente vedado pelos arts. 478 e 480 do Código Civil de 2002. Mas atenção, segundo entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, tal instituto só poderá ser invocado nos casos dos contratos realizados antes da pandemia, uma vez que, está pode ser considerada como um caso fortuito.

Em situação tal, devemos levar em conta que a situação caótica vivida durante a pandemia do Covid-19. Uma vez que, como anteriormente afirmado, tal fenômeno pode ser classificado como caso fortuito, sendo um evento inimaginável e que todos os dias traz danos irreparáveis aos brasileiros, sejam esses danos materiais com os prejuízos econômicos, ou pessoais, uma vez que, segundo os dados do Ministério da Saúde, em decorrência dos efeitos nocivos do vírus à saúde, o país já ultrapassou o quantitativo de mais de 500 mil mortes.

3. METODOLOGIA

O método empregado no trabalho foi a pesquisa qualitativa que se utilizou da doutrina, da jurisprudência e dos inúmeros trabalhos desenvolvidos na esfera acadêmica e de aplicabilidade do Direito.

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Em síntese, os princípios aqui estudados se destacam como fundamentais as relações contratuais antes, durante e após o cenário pandêmico no qual o Brasil se encontra, uma vez que, por meio deles busca-se manter o vínculo contratual das partes, e quando não se consegue mais manter tal elo interligado, elas podem se resolver de formas menos traumáticas e complexa.

CONCLUSÕES

De forma tal, os princípios aqui tratados são fundamentais para a vida em sociedade, os contratos, como já dito, são tão antigos quanto a vida em sociedade, e por tal característica eles buscam acompanhar as necessidades sociais, mostrando-se cada vez mais úteis a satisfação dos anseios sociais.

Diante o exposto acima, em observância as formas contratuais existentes, pode-se inferir que os princípios do Código Civil de 2002 tornam-se fundamentais para dirimir os impactos que a pandemia do Covid-19 trouxe para o Brasil e para o mundo.

REFERÊNCIAS

TARTUCE, Flávio, ***Direito Civil - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie - Vol. 3.*** Grupo GEN, 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002: institui o Código Civil**. Brasília, Portal do Planalto da República Federativa do Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29/06/2021.

GONDIM, Cecília e OLIVEIRA Camila, **Covid-19 e contratos: Uma retrospectiva da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em momentos de crise**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325300/covid-19-e-contratos--uma-retrospectiva-da-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica-em-momentos-de-crise>. Acesso em: 29/06/2021

AVELINO, Jarbas e SIMPLÍCIO, Marcelo, **Parte II – As Ordenações Filipinas e o Direito Civil no Brasil**, 2020. Disponível em: < https://ocivilista.com.br/2020/06/27/parte-ii-as-ordenacoes-filipinas-e-o-direito-civil-no-brasil/>. Acesso em: 29/06/2021.

PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE APLICADO NO DIREITO PENAL CONSTITUCIONALIZADO E SUAS TRANSFORMAÇÕES AO LONGO DA HISTÓRIA HUMANA

Victoria Ambrósio Castro[69]
Isabella Mussolini Souza[70]
Angélica Elizeu Dutra[71]

INTRODUÇÃO

A percepção da Culpabilidade obtém raízes históricas, na qual é passível a observação de seus resquícios até hodiernamente. Embora tenha transcorrido alterações no que tange a Culpabilidade, tal instituto ainda possui divergências de entendimento acerca de suas teorias.

A noção de Culpabilidade está vinculada a premissa da inocência, pois se refere à imputação pessoal respaldada em dolo ou culpa que produzirá implicações penais e extrapenais após o trânsito em julgado. Neste breve conceito, acentua-se que a Culpabilidade insere no direito penal, sendo, pois, imperioso seu estudo, tendo em vista que no presente Código Penal brasileiro, a Culpabilidade ainda se configura como um dos principais objetos de estudo cujo intuito é de potencializar uma definição precisa ante a dogmática jurídico-penal.

A evolução da Culpabilidade está intrinsecamente relacionada as transformações decorridas nos distintos períodos da história humana. Nota-se, que seu conceito e aplicação eram coerentes com as ações realizadas pelos indivíduos naquele dado momento histórico. Sob esta ótica, infere-se que as modificações da Culpabilidade são

69 Graduanda em Direito. UniFaminas/Muriaé-MG. Email: victoriambrosio9@hotmail.com

70 Graduanda em Direito. UniFaminas/Muriaé-MG. Email: isabellasouza85@hotmail.com

71 Graduada em Direito. UniFaminas/Muriaé- MG. Email: angelica__dutra@hotmail.com

significativas para além da compreensão histórica como também para uma interpretação precisa da lei.

Atenta-se, aqui, na interpretação do juiz que investigará o caso concreto e verificará a existência dos elementos que a compõe. Sem qualquer desses elementos a Culpabilidade estará excluída. Neste viés, a Culpabilidade do indivíduo é considerada até mesmo no momento de fixação da pena pelo juiz, que examinará o grau de culpa no resultado provocado. Sob esta perspectiva pode ser consubstanciado no artigo 59, caput, do Código Penal que o magistrado tomará a decisão da pena alicerçada nas adversidades que envolvem o crime.

Uma importante reflexão encontra-se no atual panorama que se vivencia no Brasil, em virtude do novo Coronavírus, no qual é flagrante que a Culpabilidade torna-se essencial na ponderação de uma pena que não extrapole os limites das garantias individuais. Diante do cenário pandêmico que obrigou o Estado a adotar medidas emergenciais necessárias para contenção da propagação da doença, o que consequentemente gerou reflexos para o direito penal brasileiro; torna-se mister entender o processo de responsabilização penal, o desafio de tipificação à conduta daqueles que descumprem as medidas impostas e a culpabilidade do agente frente a ela, para que tais leis não se tornem letra morta no ordenamento jurídico.

Diante disso, objetiva-se, neste trabalho, por meio da análise da perspectiva histórica, discorrer sobre a Culpabilidade dispondo de sua mudança no tempo e seus principais aspectos até os dias atuais, singularmente, na situação pandêmica que enfrenta o país.

Desse modo, faz-se imprescindível examinar a culpabilidade e sua relevância para as relações jurídicas, bem como para fomentar o respeito à dignidade humana do indivíduo; uma vez que, ao impor uma pena sem culpabilidade ou se ultrapassar o grau de culpabilidade, supõe-se a utilização do ser humano como um mero mecanismo para a consecução de fins sociais, neste caso, agravando uma violação ao direito humano.

2. TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS DA CULPABILIDADE

É inegável que o conceito de Culpabilidade obteve significativas modificações durante o percurso da humanidade. Fazer uma retrospectiva histórica possibilita melhor compreensão acerca das estruturas de funcionamento da Culpabilidade que atua no tempo presente.

Nas primeiras organizações sociais humanas não havia análise de culpa, podendo ser confundida com vingança. Assim, no direito primitivo a punição e a culpa do indivíduo eram apenas baseadas no resultado de quem cometeu o ato.

Evolui-se, tardiamente, para a vingança privada (ARAGÃO, 1972) em que a infração cometida por um indivíduo ou pelo grupo era praticada por quem sofreu o ato por igual intensidade e valor. Um grande exemplo a ser descrito é a Lei de Talião.

Mais adiante, na Roma Antiga surge um conjunto de leis, a Lei das XII Tábuas, que estabeleceram penas plausíveis para comportamentos considerados criminosos assim como começava a existência de dolo ou culpa. Dessa forma, os romanos começam a inserir em seu direito percepções sobre a Culpabilidade.

Já o direito germânico é caracterizado pelo direito consuetudinário, em que não se fez necessária à criação de uma lei escrita, os costumes transformaram-se em leis. Nesse sentido, as decisões da pena e de culpa dependerão da natureza do crime.

Na Idade Média, a Igreja Católica atuava como a principal fonte do direito e da justiça, julgando e punindo crimes. É durante este período que o conceito de culpabilidade originou, visando a responsabilidade dos atos praticados de maneira voluntária.

Um pouco mais adiante, no Século das Luzes foi defendido que as penas deveriam ser proporcionais ao crime. Portanto, a culpa do indivíduo deveria estar a par de seus atos criminosos, e não ser punido exageradamente.

Em consonância com essa abordagem geral da história, é imperioso ressaltar também dentro do panorama brasileiro como

ocorria à culpabilidade do indivíduo. No Brasil colônia as ordens jurídicas eram advindas do rei de Portugal por meio das Ordenações. Essas ordenações aplicavam a lei e decretava, essencialmente, o que era considerado crime e as punições que deveriam ser cumpridas pelos culposos. Ademais, também tinha a figura dos senhores detentores de terra locais que julgava e punia sem qualquer discernimento e equidade nos julgamentos.

No Brasil Império houve significativas mudanças na conjura política do país com a Constituição de 1824 que trouxe um aspecto de julgamento da culpabilidade do indivíduo que se pautava dentro da Constituição.

É evidente que no Brasil houve várias Constituições que foram modificadas com o fito de aprimorar a igualdade entre os indivíduos, refletindo, assim, nas relações políticas e jurídicas que também sofreram transformações, especialmente, no conceito da culpabilidade. Embora, esta última esteja em constante estudo se faz primordial para que haja melhor comprometimento e cumprimento eficaz da lei, sendo justa com todos.

3. FUNDAMENTOS DA CULPABILIDADE

De acordo com o princípio da Culpabilidade, e seu brocardo "Nullum crimen sine culpa", significa que ninguém será imputado crime ou posta pena sem que a conduta criminosa seja reprovada em um juízo de culpa lato senso (JESUS, 2008).

Embora apresente distorções em seu conceito, a Culpabilidade implicando no Direito Penal pode ser exemplificada e analisada segundo o livro Curso do Direito Penal, Volume 1 de 2015 de Rogério Greco como uma tríplice acepção de conceitos, em que se pode definir Culpabilidade da seguinte maneira:

> *Culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime - A culpabilidade é a terceira característica ou elemento integrante do conceito*

> *analítico de crime, sendo estudada, segundo o magistral ensinamento de Welzel, após a análise do fato típico e da ilicitude, ou seja, após concluir-se que o agente praticou um injusto penal.*
> *Culpabilidade como princípio medidor da pena - Uma vez concluído que o fato praticado pelo agente é típico, ilícito e culpável, podemos afirmar a existência da infração penal. O agente estará, em tese, condenado. Deverá o julgador, após a condenação, encontrar a pena correspondente à infração penal praticada, tendo sua atenção voltada para a culpabilidade do agente como critério regulador.*
> *Culpabilidade como princípio proibitivo da responsabilidade penal objetiva, ou seja, o da responsabilidade penal sem culpa. - (...) para determinado resultado ser atribuído ao agente é preciso que a sua conduta tenha sido dolosa ou culposa. Se não houve dolo ou culpa, é sinal de que não houve conduta; (GRECO, 2015, p. 90).*

Diante o exposto fica visível que o objetivo do princípio da Culpabilidade se afasta da responsabilidade objetiva. Todavia, no presente momento, entende-se que o princípio da Culpabilidade se aproxima mais da responsabilidade penal subjetiva, ou seja, é preciso comprovar a intenção do indivíduo de ter praticado crime e que houve dolo ou culpa por parte deste.

Essa conclusão é possível, uma vez que deriva de um amplo processo de modificação conceitual da Culpabilidade no decorrer da história brasileira, essencialmente, na esfera política do país.

Essa transformação histórica da definição da Culpabilidade instigou juristas, doutrinadores e pensadores a fomentar a busca por uma explicação plausível sobre o tema e a proporcionar debates e sugestões divergentes que circundam esse princípio nas mais diversas colocações.

3. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Quando o assunto circunda o princípio da Culpabilidade, é imperioso frisar a Teoria Normativa Pura da Culpabilidade desenvolvida por Hans Welzel, jurista e filósofo do direito alemão, prega o afastamento definitivo de qualquer característica psicológica que se pretendesse atribuir à culpabilidade.

Nela é inferido que seja plausível a retirada do dolo e da culpa da culpabilidade e os elavam para a conduta atribuindo três elementos imprescindíveis à culpabilidade, quais sejam: Imputabilidade, Exigibilidade de Conduta Diversa e Potencial Consciência de Ilicitude.

Dentro dessa definição alguns autores entraram em discussão acerca do que Welzel defende em sua Teoria, trazendo diferentes pontos de vistas sobre a Culpabilidade.

Como pode ser ratificado por Alberto Silva Franco, desembargador aposentado e advogado criminalista analisa que:

> Com a deslocação do dolo e da culpa para a tipicidade, a culpabilidade, segundo a ótica finalista, assumiu uma feição diversa, adquirindo só então um autêntico aspecto normativo. Dolo e culpa é, portanto, "corpos estranhos na culpabilidade. (FRANCO, 1987, p. 42).

3.1 IMPUTABILIDADE

Esse elemento refere-se as condições psíquicas do infrator, que deve possuir saúde mental suficiente para assimilar a conduta por ele cometida. Segundo o artigo 26 do Código Penal Brasileiro é possível obter o conceito de imputabilidade como sendo:

> ***Art. 26*** - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse

> entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> **Parágrafo único** - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL, 1984).

Dado o exposto, imputável é o infrator que possui plenas condições de compreender o caráter ilícito da ação e agir de modo diverso conforme o direito. Sendo assim, a imputabilidade em comunhão com outros elementos configura uma forma de atribuir punição para aquele que cometeu o ato.

3.2 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Esse elemento em conciliação com a Imputabilidade é indispensável para a construção da Culpabilidade. Dentro da definição desse elemento pode-se elencar que o mesmo se caracteriza por exigir do indivíduo culposo agir de maneira correta fundamentada no direito em uma determinada situação perante a sociedade.

É notório que o ordenamento jurídico delimita as atitudes do homem com o objetivo de garantir a segurança da sociedade e atingir o bem comum. Para que esse comportamento social seja adequado é essencial exigir a coerência dos atos dos indivíduos em uma situação de normalidade de modo que além das pessoas agirem de acordo com o esperado respeitando a lei também irá ajudar a perpetuar a equidade entre todos.

Posto isso, esse elemento é fundamental para assegurar que o indivíduo realize determinada conduta esperada pela sociedade e em concordância com a lei.

3.3 POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

Os elementos já citados anteriormente se tornam ainda mais substancial juntamente com o terceiro elemento. Este representa na condição do infrator compreender a ilicitude (ou antijuricidade) de uma conduta reprovável. Dessa forma, não é preciso que o indivíduo obtenha profundo conhecimento sobre o ordenamento jurídico e suas extensões, apenas é necessário que o agente saiba discernir o potencial acerca de uma conduta considerada ilegal.

Diante disso, ao agir desprovido da consciência de ilicitude, ao menos potencial, o infrator estará em erro de proibição ou erro sobre a ilicitude do fato.

4. FUNÇÕES DA CULPABILIDADE

Faz-se notória a discussão que envolve as divergências entorno da gama de funções atribuídas a Culpabilidade dentro do Direito Penal brasileiro.

Uma das funções que ainda gera discordância refere-se à inclusão da Culpabilidade como elemento do crime, tendo em vista que o conceito de crime é triparti, ou seja, requer ação típica, antijurídica e culpável. Porém, há outro conceito que prefere considerar o crime biparti, em que a culpabilidade não integra o conceito de crime, funcionando como pressuposto para aplicação da pena.

Outra função desempenhada pela Culpabilidade é de Princípio do direito penal. Essa função consiste em conferir à Culpabilidade a característica restritiva da justiça, funcionando como o equilíbrio entre o direito de punir do Estado e a necessidade de sanção justa e adequada ao infrator.

Além disso, a Culpabilidade, como Princípio limitador, não deve ser confundida com o Princípio da responsabilidade pessoal do infrator, que consiste na proibição de sanção penal para além do indivíduo, ou seja, não admite punição por fatos praticados por outros.

Ademais, outra função que pode ser atribuída a Culpabilidade diz respeito à acepção de juízo de reprovação. Esta função passou a ser executada, a partir do finalismo preconizado por Welzel, quando através de uma alteração entre os elementos formadores do crime, retirou da Culpabilidade o dolo e a culpa, e os destinou na conduta típica, surgindo assim a Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.

Sendo assim, fica perceptível que as funções que envolvem a Culpabilidade estão em constantes desavenças. Essas funções permeiam desde a responsabilidade do Estado em punir o infrator por meio de uma pena conveniente a culpa cometida pelo indivíduo até mesmo a concepção de juízo de reprovação.

5. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

A Culpabilidade é responsável pelo imputável, tendo como capacidade o compreendimento da ilicitude de uma conduta em uma determinada circunstância. Tendo como seus elementos essenciais a Imputabilidade, Potencial Consciência da Ilicitude e Exigibilidade de Conduta Diversa.

A ausência de um destes três requisitos causa a excludente da culpabilidade, também chamadas de exculpantes, eximentes ou dirimentes.

5.1 DA IMPUTABILIDADE

A imputabilidade são as condições que dão a um indivíduo a capacidade de ser juridicamente imputado de um fato punível.

Três fatores prejudicam a ocorrência deste requisito, sendo eles:

> Doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardo que na hora da ação, era incapaz de entender a ilicitude do ato, artigo 26 do Código Penal;

> Menores de 18 (dezoito) anos, artigo 27 do Código Penal;
>
> Embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, em que o agente é incapaz de entender a ilicitude do acontecimento, artigo 28 do Código Penal;
>
> Índios não adaptados civilmente, devendo levar em consideração, em caso de crime, seu gral de integração, como dito no artigo 56 da Lei 6001/76 do Estatuto do Índio (BRASIL, 1976).

5.2 DA POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

A Potencial Consciência da Ilicitude e a capacidade do infrator de compreender que sua conduta viola uma proibição legal, sua exclusão causa um encurtamento da pena, conforme o Artigo 65, II do Código Penal. Sua exclusão ocorre quando há:

> *Erro justificado pelas circunstâncias,* artigo 20, § 1º do Código Penal;
> *Erro inevitável sobre a ilicitude do fato,* artigo 21 do Código Penal.

5.3. DA EXIGIBILIDADE DA CONDUTA DIVERSA

Este elemento consiste na possibilidade do agente agir de acordo com uma determinação legal. Não se utiliza deste elemento quando ocorre:

> Coação moral irresistível (BRASIL, 1940).
> Obediência hierárquica (BRASIL, 1940).

6. A RESPONSABILIDADE PENAL FRENTE À PANDEMIA E O DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS EMERGENCIAIS

O momento histórico-emergencial enfrentado pela população global diante do novo Coronavírus (COVID-19 ou SARS-COV-2), traz reflexos não apenas no âmbito social, mas também no jurídico, tendo em vista, a situação de calamidade pública que acomete diversos países.

No Brasil, com a instabilidade na contenção do descontrolado aumento de contaminações e consequentemente no número de óbitos, viu-se necessário ultrapassar o campo da ciência e adotar medidas governamentais regulamentadoras que tivessem efetivo impulso no controle da pandemia. Por obvio, esses atos administrativos desencadearam uma repercussão na esfera criminal, uma vez que, teoricamente, o Estado necessitara de seus esforços não somente como gestor de uma política sanitária, mas também como gestor de uma política criminal que represasse o descumprimento das obrigações por parte de qualquer infrator.

O Direito Penal Brasileiro em seus artigos 267 e 268 versa sobre a responsabilização daqueles que contribuem para a disseminação de agentes patológicos contaminantes.

> **Art. 267.** *C*ausar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos.
> Pena - reclusão, de dez a quinze anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)
> § 1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.
> § 2º - No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos.
>
> **Art. 268.** *I*nfringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa
> Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

> **Parágrafo único** - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro(BRASIL, 1940).

Nota-se que o ilícito a que se refere o artigo 268 trata-se de uma norma penal em branco dependente de complementação, que aqui refere-se a ato administrativo editado pelo Executivo Federal e Estadual ou norma complementar. Logo, é de suma importância que a conduta típica seja plenamente evidenciada pelo Poder Público, afim de se determinar com clareza quais as condutas a serem punidas. Cite-se a título exemplificativo, a Lei nº 13.979/20 que definiu as condições de isolamento e quarentena; as Portarias editada pelo Ministério da Saúde e Interministerial que em suma, versaram sobre as ações de segurança contra o vírus.

A intenção do legislador ao punir a proliferação de doenças contagiosas foi justamente zelar pelo bem jurídico máster defendido pela Constituição Federal: a vida, condição essencial para a prática e existência dos outros direitos fundamentais. Portanto, nestes casos, inexige-se a produção de resultado da conduta, fazendo-se valer exclusivamente o dolo do agente. Percebida então a culpabilidade que recaí na conduta típico e ilícita realizada pelo agente, respeitadas suas elementares, ora, a capacidade de imputação, o conhecimento sobre o enquadramento legal e a exigibilidade de conduta diversa, deverá o mesmo ser submetido a aplicação de sanção penal.

Aquele que compreendendo a reprovabilidade de sua conduta e ainda assim, mediante vontade livre e consciente, infringe determinação legal e favorece a difusão do vírus; ofende o direito à vida, à saúde e integridade física de toda uma sociedade, fazendo-se mister a intervenção do Direito Penal na missão de corromper tais potenciais condutas lesivas em tempos de pandemia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a retrospectiva histórica, permitiu-se observar as alterações transcorridas sobre a aplicação e o conceito de Culpabilidade durante os séculos até o presente momento. Embora a definição de Culpabilidade tenha permutado, ainda hoje, têm-se inúmeras divergências acerca desse assunto. Nesse sentido, vem sendo imprescindível o estudo acerca deste instituto, tendo em vista que seus reflexos repercutem diretamente no direito penal.

A Culpabilidade se faz um importante mecanismo restritivo e de privilégio do Estado e configura-se uma moderação entre o poder de punir e estabelecer conjuntamente uma pena compatível com a conduta cometida.

Trata-se de um instituto que circunda a esfera jurídico-social que envolve a sociedade, uma vez que ao aplicar uma pena que sobrexcede a culpa do indivíduo, o sistema jurídico está utilizando o ser humano como mero instrumento de "correção social", e, dessa forma tangenciando e violando garantias inalienáveis ao homem.

Cinge-se na interpretação do magistrado que analisará o caso concreto constatando a existência dos elementos que compõe a Culpabilidade bem como a culpa do indivíduo, devendo, pois, fixar a pena em conformidade com as distintas situações que envolvem o crime.

Um ponto a ser salientado, ainda, reside no atual cenário de pandemia do Coronavírus, no qual a Culpabilidade tem-se sobressaído de maneira conflituosa, configurando de um lado como um meio capaz de punir exageradamente aqueles que descumprem a lei, versus penalizar sem desrespeitar seus direitos individuais. É certo a responsabilidade moral, em tese, deveria ser mais relevante que a responsabilidade penal pelos eventuais males que porventura venham a causar. Todavia, diante das dificuldades postas no contexto real pandêmico, há de se salientar a importância e o papel fundamental dos esforços do Estado enquanto gestor e executor da política criminal.

Neste viés, dado os aspectos aqui referenciados é coerente que a Culpabilidade objetive equiparar as desigualdades penais, oportunizando a todos os indivíduos penas proporcionais a seus atos cometidos e, assim, viabilizando uma sociedade mais justa e assegurando o direito dos cidadãos.

Assim, resta claro que as relações que abarcam toda a sociedade são complexas e requerem um árduo compromisso com o respeito à dignidade dos indivíduos, de maneira que todos gozem de uma pena que seja correspondente a atitude delituosa praticada. Só assim, obtêm-se êxito para a inviolabilidade de direitos intrínsecos ao ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUIAR, Leornardo. **PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE**. Disponível em: <https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333117943/principio-de-culpabilidade>. Acesso em 21 de ago de 2019.

BRASIL. Código Penal. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 21 de ago de 2019.

EMIDIO, Fernanda Cristina. **A CULPABILIDADE DO DIREITO PENAL NO BRASIL**. Disponível em: <https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/a-culpabilidade-no-direito-penal-brasileiro.htm>. Acesso em 21 de ago de 2019.

ITO, Michel; ITO, Lilian Cavalieri. **AS EXCLUDENTES DA CULPABILIDADE**. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4261/as-excludentes-culpabilidade>. Acesso em 21 de ago de 2019.

MAGNANI, Vainer**. DO PROBLEMA DA PROBLEMATICA DA CULPABILIDADE E SUA EVOLUÇÃO NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**. Disponível em: <https://vainer.jusbrasil.com.br/artigos/114970722/do-problema-da-culpabilidade-e-sua-evolucao-na-dogmatica-juridico-penal>. Acesso em 21 de ago de 2019

PUREZA, Diego Luiz Victório. Culpabilidade: elemento do crime, pressuposto da pena e princípio jurídico. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42960/culpabilidade-elemento-do-crime-pressuposto-da-pena-e-principio-juridico>. Acesso em 21 de ago de 2019

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

SILVA, Marcio Fernandes Fioravante da. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E O COMPLIANCE DIANTE DA PANDEMIA. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/direito-pos-graduacao-responsabilidade-penal-pessoa-juridica-compliance-pandemia#author>. Acesso em 13 de jun de 2021

PANOEIRO, José Maria; NEVES, Elisa Ramos Pittaro. O DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA: A VIOLAÇÃO AO ISOLAMENTO SOCIAL DETERMINADO POR AUTORIDADES ESTADUAIS E MUNICIPAIS CONSTITUI EM CRIME?. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/quer-debater/o-direito-penal-em-tempos-de-pandemia-a-violacao-ao-isolamento-social-determinado-por-autoridades-estaduais-e-municipais-constitui-crime>. Acesso em 15 de jun de 2021

ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO DOS ALIMENTOS PAGOS QUANDO DÁ NÃO CONFIRMAÇÃO DE PATERNIDADE

Lorena Pedrosa Corrêa[72]
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro[73]

INTRODUÇÃO

O Direito de Família tem como principal objetivo a imposição de normas para desenvolver, proteger e estruturar o convívio familiar.

Faz-se importante observar a mudança, desde os primórdios, da relação familiar, onde na base da família patriarcal era comum a figura do *pater famílias* que, geralmente, era representado pelo homem, provedor e chefe de família, que todos deviam obediência.

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988 alguns preceitos foram alterados, tendo o direito de família a obrigatoriedade de reconhecer a diversidade familiar, bem como normalizar o divórcio e as demais relações afetivas.

Todavia, o legislador ao prever e garantir o divórcio, fez-se importante assegurar os direitos aos filhos menores, onde para estes é indispensável uma vida digna, bem como uma convivência familiar.

No entanto, com a necessidade de amparar tais relações diárias, advindas do convívio familiar, o primeiro capítulo do presente trabalho discorre acerca da necessidade de reconhecer o direito do nascituro, assegurando os direitos básicos, bem como o direito à vida, à saúde, e a alimentação, ambos previstos na Constituição Federal.

O nascituro, ente concebido no ventre materno, mesmo correndo o risco de nascer ou não com vida, possui sua personalidade jurídica a salvo, e para garantir o mínimo de direito possível durante

72 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Faminas – Muriaé. E-mail: lorenapcorrea29@gmail.com

73 Professora da Faminas – Muriaé. Mestra em Direito Processual, Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos pela UCP. Especialista em Direito Processual Contemporâneo pela UFRRJ. Autora de diversos artigos jurídicos. Advogada.

sua vida intrauterina fez-se necessário a criação da Lei nº 11.804/2008, denominada Lei dos Alimentos Gravídicos, que possibilitou à gestante recorrer ao poder judiciário sempre que um ou alguns de seus direitos não lhes fossem prestados.

Imperioso salientar, que para que haja a fixação dos alimentos gravídicos, como dispõe o segundo capítulo, é preciso a comprovação de indícios de paternidade, onde poderá ser solicitado por uma das partes o exame de DNA no decorrer da gestação ou após o nascimento com vida da criança.

Desta feita, resta evidente que o nascituro possui direito a prestação alimentícia, onde os alimentos referentes ao período gestacional deverão cobrir as despesas desde a concepção ao parto, além de garantir os exames e assistências necessárias. Todavia, deverá ser observado a necessidade, possibilidade e proporcionalidade da prestação, devendo o alimentante contribuir na proporção de seus recursos, como dispõe o terceiro e quarto capítulo.

Por último, o quinto capítulo discorre acerca da possibilidade de indenização em casos de negativa de paternidade, onde, sendo constatado que o alimentante não é o verdadeiro genitor após o nascimento da criança, deverá ser observado se a genitora agiu com a intenção de causar dano, e, sendo caracterizado a presença do dolo, será cabível a indenização a título de danos morais.

2. DA NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DE DIREITOS AO NASCITURO

O termo nascituro, de origem latina *nasciturus*, significa aquele que ainda não nasceu, mas que há de nascer. Outrossim, a palavra nascituro carrega consigo uma grande expectativa, pois aquele ente já concebido corre o risco de nascer ou não com vida.

Segundo Maria Helena Diniz, nascituro é

> Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estando concebido,

> ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. (DINIZ 1999, p. 145)

Contudo, o nascituro, mesmo vivendo no ventre materno possui seus direitos resguardados por lei, pois é um indivíduo dotado de personalidade jurídica. Vale lembrar que o direito à vida é o principal direito estabelecido e resguardado pela Constituição Federal.

Todavia, dispõe (MORAES, 2009, p. 35) que "o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. "

Apesar de ainda ser concebido no ventre materno, o nascituro possui dignidade da pessoa humana, devendo ter suas necessidades atendidas, bem como o acompanhamento de seu desenvolvimento, consultas medicas, pré-natal, além de passar por uma gestação saudável.

Desta forma, além das diversas responsabilidades dos responsáveis para com o nascituro, é mister salientar que o Estado tem a obrigação de prover e assegurar direitos para a subsistência humana, devendo fornecer condições para que todos tenham uma vida digna que, engloba segurança, saúde, alimentação, educação, lazer, respeito, entre outros.

No entanto, além dos direitos supracitados, o nascituro também possui o direito à sucessão, previsto no artigo 1.798 do Código Civil, onde dispõe que: "Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão."

Portanto, muito embora o nascituro ainda não possua personalidade como dispõe o ordenamento jurídico, este pode garantir sua personalidade civil através do testamento.

Ademais, o direito à integridade física também deverá ser atendido e disposto ao nascituro, não podendo o mesmo sofrer danos à sua integridade, haja vista que é dever dos pais, da gestante e, principalmente, do Estado assegurar, manter e disponibilizar recursos para que este não sofra traumas, deformações ou venha sofrer pelo crime de aborto, previsto no artigo 124 do Código Penal.

3. DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

À luz da Constituição Federal de 1988, a família é considerada a base da sociedade, fazendo parte de uma organização necessária e social que merece proteção especial do Estado.

Entende-se como família todas as pessoas ligadas por um vínculo sanguíneo, unidos pela afinidade ou adoção.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves

> O direito de família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco, bem como os institutos complementares da tutela e curatela (GONÇALVES, 2014, p. 03).

Pode-se observar, que o direito de família vem se transformando e se adequando às relações sociais e culturais, uma vez que, atualmente, a família monoparental vem ganhando seu espaço.

Desta forma, com a obrigatoriedade de se observar a possibilidade do divórcio nas relações afetivas, bem como assegurar aos filhos seus direitos, a Constituição Federal em seu artigo 227 destaca que é dever da família, entre tantos outros, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem a convivência familiar.

Outrossim, o artigo 229 também da Carta Magna dispõe que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos.

Visto isso, o legislador a fim de garantir os direitos dos filhos, bem como os direitos do nascituro concebidos antes do fim do matrimonio, dispõe no Código Civil, artigo 1.597, que

> Art. 1.597: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
> I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
> II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
> III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
> IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
> V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Além das diversas hipóteses trazidas pelo dispositivo supracitado, para haver a confirmação de paternidade, poderá ser requerido pelas partes o exame de DNA logo após o nascimento da criança, ou, em alguns casos antes mesmo da criança nascer. Assim, para realizar o teste de paternidade poderá ser utilizado peles, fios de cabelo, saliva, além do exame de sangue. Imperioso salientar, que a coleta poderá ser feita em recém nascidos, crianças de todas as idades, poderá também haver a coleta ainda no feto, além dos parentes de primeiro e segundos graus.

À vista disso, havendo a confirmação, os alimentos gravídicos serão convertidos em pensão alimentícia em favor do menor, além de serem submetidos à revisão solicitada pelas partes, como dispõe o artigo 6º, da Lei n. 11.804/08.

4. DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Os alimentos são essenciais por prover o sustento, nutrir e garantir o desenvolvimento saudável de qualquer indivíduo, sendo considerado um direito fundamental para que todo ser humano possua uma vida digna à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo, Maria Helena Diniz

> O fundamento desta obrigação de prestar alimentos é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e o da solidariedade social e familiar (CF, art. 3º), pois vem a ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão de parentesco, vínculo conjugal ou convivência que o liga ao alimentando (DINIZ, 2007, p. 250).

Desta forma, pensando na saúde, desenvolvimento e bem-estar do nascituro, foi necessária a criação da Lei nº 11.804/2008, sancionada em 05 de novembro de 2008, conhecida como Lei dos Alimentos Gravídicos, onde seu principal objetivo foi disciplinar o direito à prestação alimentícia da mulher gestante.

À luz do artigo 2º, da presente lei dispõe:

> Art. 2º: Os alimentos serão fixados com valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Na mesma esteira, Sílvio de Salvo Venosa assevera que

> Assim, alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. (VENOSA, 2016, pg. 396).

Percebe-se que no mundo jurídico, os alimentos possuem um sentido amplo, que além de prover o sustento e preservar a dignidade da pessoa humana também tem a necessidade de cuidar da higiene, do vestuário, transporte, tratamento médico e da educação.

Faz-se necessário salientar, que o Código Civil não compreende somente os alimentos como única fonte indispensável e essencial, mas considera também o vestuário, a cura e a casa.

De acordo com o artigo 1.920: "O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor".

Assim, o suposto pai obrigado a prestar alimentos ao filho deverá observar não somente o valor da alimentação em si, mas todas as necessidades indispensáveis referentes ao período de gravidez, desde a concepção ao parto.

Ademais, é válido mencionar, que apesar de ser uma obrigação personalíssima do pai para com o filho, a mesma poderá ser transmitida quando não for cumprida, como dispõe o artigo 1.700 do CC.

Sendo assim, toda vez que o credor de alimentos não tiver suas prestações alimentícias sanadas, poderá exigi-las dos herdeiros do devedor ou de quem estiver obrigado a pagá-las.

5. DO VALOR DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

Como abordado anteriormente, a prestação alimentícia, tem a finalidade de garantir e proteger os direitos da criança e do adolescente

como prescreve o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 3º

> 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.

Além disso, o artigo 4º do presente dispositivo legal assevera que

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Isto posto, sabemos que os direitos referentes à alimentação não se referem apenas aos alimentos em si, mas sim, a todas as necessidades básicas que uma criança possui, sendo necessário observá-las quando da fixação da prestação alimentícia.

No caso dos alimentos gravídicos, este se torna indispensável para a gestante por ter a finalidade de garantir o nascimento com vida do nascituro, além de custear as despesas médicas durante o período da gravidez.

Assim, para que a prestação alimentícia seja adequada ao alimentado e não ofereça prejuízos ao alimentante, obrigatoriamente será levado em conta sua renda mensal além de observados a necessidade, possibilidade e proporcionalidade da prestação como preceitua o Código Civil, em seu artigo 1.694, **parágrafo 1º.**

Também é importante dispor, que a prestação alimentícia, além de descontados nos rendimentos do executado, poderá ser de forma parcelada, na forma do artigo 529, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

Ademais, é necessário salientar, que o dever de cuidar, educar, garantir os direitos e sustento da criança é de ambos os pais dentro de suas proporcionalidades.

6. POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO AO SUPOSTO PAI EM CASO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE

Sabe-se que o direito à prestação de alimentos também se faz presente durante o período da gravidez.

A Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplina os alimentos gravídicos, em seu artigo 2º permite a fixação dos alimentos para "cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto". Com efeito, incumbe ao futuro pai o pagamento da prestação alimentícia.

Caso não haja consenso entre a genitora e o suposto pai, é facultado à genitora o ajuizamento da ação de alimentos gravídicos para a fixação e posterior recebimento dos alimentos até o nascimento da criança, cabendo a ela provar o binômio necessidade-possibilidade e os indícios de paternidade.

Importante ressaltar que é permitido ao suposto genitor o requerimento para realização de exame de DNA, na hipótese que o mesmo não reconheça a paternidade da criança.

Diante disso, questiona-se: Sendo confirmado, por meio do exame de DNA, a negativa da paternidade, admite-se a condenação da genitora ao pagamento de indenização a título de danos morais e a devolução dos alimentos gravídicos já pagos?

Da análise da Lei n. 11.804, de 2008, entende-se que não existe possibilidade de devolução dos valores já pagos a título de alimentos

gravídicos, uma vez que foram utilizados para a sobrevivência digna da criança, sendo, portanto, irrepetíveis.

A responsabilidade civil objetiva prevalece no ordenamento jurídico brasileiro, diante da regra geral constante no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Para sua caracterização, se faz necessário a comprovação da conduta ilícita, a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano suportado pela vítima. De outro modo, é a responsabilidade civil subjetiva, na qual é preciso a comprovação da culpa do agente, além dos demais elementos, quais sejam conduta, dano e nexo causal.

Logo, se verificado que a genitora agiu com culpa, com desejo de causar prejuízo ao suposto genitor, tendencioso o reconhecimento da responsabilidade civil subjetiva e, ainda, cabível a indenização a título de danos morais.

No entanto, ressalva-se somente a hipótese em que é reconhecido e encontrado o verdadeiro genitor, podendo o "falso genitor", caso queira, pleitear a restituição dos valores em face do verdadeiro genitor. Lado outro, quanto à condenação da genitora ao pagamento de indenização a título de danos morais, não há impedimento legal para o referido pedido.

A exposição vexatória, o constrangimento, o sentimento frustrado de paternidade, a dor moral são elementos que ensejam o dano moral. Se além disso, for comprovado a culpa da genitora, caberá a sua majoração, sendo imprescindível a análise do caso concreto pelo julgador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do presente estudo, temos que a família é a base da sociedade, e possui o dever de criar, educar e assegurar aos filhos menores uma vida digna, desde a concepção do feto até o seu nascimento com vida, nos moldes da Constituição Federal.

O nascituro, apesar de ainda não concebido, é um ser dotado de personalidade jurídica, e mesmo vivendo no ventre materno possui

seus direitos resguardados por lei, sendo o direito à vida o principal deles.

Desta feita, a Lei dos Alimentos Gravídicos surgiu para assegurar a gestante o direito de passar uma gestação tranquila, garantindo o necessário para obter uma gestação perfeita, como preceitua a carta Magna acerca da Dignidade da Pessoa Humana.

A obrigação da prestação de alimentos desde a vida intrauterina, além de ser um direito fundamental, é essencial para garantir o sustento, desenvolvimento saudável do bebê, bem como o seu nascimento com vida, sendo necessário destacar que os alimentos possui sentido amplo, onde devem abranger todas as necessidades do nascituro desde a concepção ao parto.

No entanto, para haver a fixação da prestação de alimentos durante o período gestacional, a genitora deverá apresentar indícios de paternidade, onde o suposto pai ficará obrigado a sanar a obrigação em face do alimentando. Imperioso destacar, que o exame de DNA poderá ser solicitado a qualquer momento, podendo este ser realizado antes ou após o nascimento da criança.

Ademais, se faz importante salientar, que se após o nascimento for constatado a negativa de paternidade, o "falso genitor" poderá custear as despesas em face do verdadeiro genitor, onde poderá requerer o pagamento de indenização a título de danos morais até mesmo em face da genitora, se for apurado que a mesma agiu com dolo, ou seja, com a intenção de prejudicar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Senado Federal, 1990.

BRASIL. **Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008.** Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em: 18/06/21.

DINIZ, MARIA HELENA. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5, 22 ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Wander. **Como calcular o Valor da Pensão Alimentícia pelo Trinômio: -Necessidade - Possibilidade -Proporcionalidade**. Disponível em: https://advogado1965.jusbrasil.com.br/artigos/546943541/como-calcular-o-valor-da-pensao-alimenticia-pelo-trinomio-necessidade-possibilidade-proporcionalidade. Acesso em: 01 de Junho de 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro 6 – direito de família.** 2014, p. 03.

HIGA, Desiree. **Nascimento com vida e o Direito Civil**. Disponível em: https://desireehiga.jusbrasil.com.br/artigos/339714307/nascimento-com-vida-e-o-direito-civil#:~:text=Aquele%20que%2C%20estendo%20concebido%2C%20ainda,o%20nascimento%20com%20vida.%E2%80%9D%20. Acesso em: 01 de Junho de 2021.

MENDONÇA, Leonardo Araújo Porto de. **Dos Direitos do Nascituro e do Embrião e no Direito Brasileiro**. Disponível em: https://leonardoapmendonca.jusbrasil.com.br/artigos/325703422/dos-direitos-do-nascituro-e-do-embriao-no-direito-brasileiro. Acesso em: 25/05/21.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013.

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE DESAPROPRIAÇÃO DE PATENTES E MARCAS COMO FORMA DE COMBATE A PANDEMIA

SAMUEL Albuquerque de Sá.[74]

INTRODUÇÃO

Atualmente, o cenário inaugurado pela pandemia de COVID-19, colocou em xeque a possibilidade de o Estado assegurar aos cidadãos o fundamental direito à saúde, sobretudo porque a maneira mais eficaz de enfrentar o cenário pandêmico é, como se sabe, a distribuição de vacinas para população. No entanto, a fabricação de tais imunizantes, não é tarefa simples ou barata por diversos motivos, dentre eles o tempo necessário para se dedicar a pesquisas relativas ao vírus, aos materiais que provocam neste a sua desativação no corpo humano, aos valores concernentes a estas pesquisas e desenvolvimentos, os quais são caros.

Diante disso, discute-se se a possibilidade jurídica de desapropriação das patentes das vacinas, como forma de enfrentamento da crise mundial, sendo que é de entendimento completo a necessidade de soluções que atendam a grande demanda nos países, com melhores possibilidades de desenvolvimento e fabricação de vacinas, tendo em vista que uma das soluções que se encontra no momento é exatamente a possibilidade jurídica de desapropriação.

Dessa forma, o trabalho ora apresentado, estuda a possibilidade jurídica de desapropriação de patentes e marcas como forma de combate à pandemia desencadeada pela COVID-19. Para tanto, adota metodologia qualitativa.

Na primeira seção, destinada a fundamentação teórica, analisa-se, sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, tal possibilidade

74 Samuel Albuquerque de Sá, bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Unifaminas – Muriaé; email: samuel_albuquerque@yahoo.com.br.

de desapropriação. Na segunda, os resultados da pesquisa são apresentados.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Ademais, através do artigo 5º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, podemos entender os são os casos considerados utilidades públicas e destes quais poderiam ser desapropriados.

> Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.
> Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:
> c) o socorro público em caso de calamidade;
> d) a salubridade pública; (BRASIL, 1941)

No início do ano 2020, com a chegada do COVID-19, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a contaminação do Coronavírus como pandemia, fazendo assim que o vírus se tornasse uma nova hipótese para declaração de utilidade pública, e consequentemente uma justificativa para a desapropriação, a qual se enquadra nos casos de calamidade ou salubridade pública, tratados respectivamente nos incisos C e D do artigo mencionado anteriormente. Ademais, em relação a desapropriação, salienta Carvalho Filho:

> "*Desapropriação* é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização. O fato de ser um procedimento de direito público retrata a existência de uma sequência de atos e atividades do Estado e do proprietário, desenvolvidos nas esferas administrativa e judicial. Sobre esse procedimento, incidem normas de direito público, sobretudo quanto aos aspectos que denotam a supremacia do Estado sobre o proprietário". (CARVALHO FILHO, 2020, p. 887).

Sendo assim, patentes e marcas destinadas à prevenção ou tratamento do Coronavírus poderão ser desapropriadas pelo Estado para atender assim a finalidade pública, permanecendo essa regra da mesma maneira para os produtos que possuem proteção por desenho industrial, direitos autorais ou outras espécies de Propriedade Intelectual.

Entretanto, para que seja definitivamente desapropriada uma patente ou marca deve ser declarada essa desapropriação através de um decreto sancionado pelo Presidente da República, Governador, Prefeito ou, por intervenção federal ou estadual à utilidade pública. Mas, é válido ressaltar que os titulares dos bens podem ser indenizados, por pagamento prévio realizado em dinheiro, uma vez que a desapropriação não desobriga o Poder Público à indenizar, como está estabelecido pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, no inciso à seguir:

> **XXIV** - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição. (BRASIL, 1988)

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Desta feita, pode-se observar ainda que a desapropriação de patentes e marcas como forma de combate a pandemia é de extrema importância para garantir ao poder público maneiras ou formas de estabelecer na federação garantias à eficácia e bom desenvolvimento de medidas que restrinjam o contágio do Coronavínus e de fabricações de vacinas por meio de doses individuais aos indivíduos, para a imunização dos mesmos.

Por conta desta perspectiva observa-se que vivemos um cenário excepcional sendo necessário adotar medidas excepcionais, salientando de pronto que não é qualquer patente ou marca que

tem o objeto da desapropriação por conta da pandemia, mas sim as destinadas à prevenção ou tratamento do Coronavírus. Não obstante, essa desapropriação significa mais celeridade para conseguir o produto final e, como o vírus tem alto teor de contaminação, a celeridade é necessária para uma maior concentração na fabricação e envio de doses das vacinas para a prevenção, tratamento e imunização dos indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta feita, o presente artigo teve como objeto deliberar sobre a possibilidade jurídica de desapropriação de patentes e marcas como forma de combate a pandemia. Nesta perspectiva evidenciou-se os casos de desapropriação por utilidade pública, salientando e conceituando o que vem a ser efetivamente desapropriação, apontando o objetivo do Estado ao exercer este instituto em prol da sociedade, ocorrendo por meio de um decreto lei por parte do indivíduo que possui competência para este ato, mediante o grau de desapropriação, se federal, estadual ou municipal.

Assim, têm-se que o instituto da desapropriação é possível, mediante todo o abordado no presente artigo, sendo que a peculiaridade caracterizadora da desapropriação não se vê exatamente na violação deste instituto ao particular ou sociedade empresária, mas sim no benefício causado aos indivíduos, componentes da sociedade em geral, proporcionando-os um aspecto muito mais abrangente, qual seja, uma forma precípua de combate a pandemia da COVID-19.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

IPEA. **A propriedade industrial pode limitar o combate à pandemia**. Disponível em: https://ipea.gov.br/cts/pt/central-de-conteudo/artigos/artigos/188-a-propriedade-i ndustrial-p ode-limitar-o-combate-a-pandemia. Acesso em: 02 de jun. de 2021

BRASIL. Co**nstituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constit uicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 de jun. de 2021

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ED. São Paulo: Atlas, 2020.

BRASIL. Desapropriações de utilidade pública**. Decreto – lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. aprova a desapropriação por utilidade pública. Coletânea de legislação: edição federal, São Paulo,1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.b r/ccivil03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 21 de jun. 2021

DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO E A PANDEMIA DO COVID-19: UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DOS BENS DIGITAIS

Sarah Rúbia Alves Amorim[75]
Wleidice Ferreira Dornellas[76]
Danielle Caroline Campelo Silva[77]

INTRODUÇÃO

Com o avanço exponencial das tecnologias e revoluções cibernéticas, a sociedade vive cada vez mais aficionada ao meio tecnológico, dentre eles, e talvez o principal, as redes sociais. Neste cerne, tem-se o início de uma nova geração de Direito, que não exclui as gerações anteriores, mas que se completam, haja vista suas dimensões. Fala-se da quarta geração de Direitos, que são aqueles relacionados ao progresso tecnológico, à informação e ao biodireito.

O meio digital é acrescido de usuários novos a cada dia, a rede de informações cibernéticas possui números inatingíveis. Contudo, a falta de legislação especial, faz com que esses bens não integrem de forma automática à herança, o que ocasiona diversas pretensões resistidas, que visam o acesso aos dados, seja para reviver memórias afetivas, com fotos e publicações ou mesmo para que seja mantida a renda proveniente de tais perfis, transmitindo assim, acesso no meio

75 Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas. E-mail: rubi-sarah15@gmail.com

76 Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas. E-mail: Leidi-nha_dornellas@hotmail.com

77 Advogada e professora do Curso de Direito, Administração e Ciências Contábeis do Centro Universitário Unifaminas – Muriaé, Mestre em Direito pela PUC/MG, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Newton Paiva e Direito do Trabalho pela Faculdade Cândido Mendes. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/MG, Associada da Associação Mineira de Professores de Direito Civil – Ampdic. Foi coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana (Unopar-Pitágoras) – Unidade Paragominas/PA. E-mail: daniellecampelo.advogada@gmail.com

virtual, mas como fonte de lucro. Esse fato é recorrente e atual na sociedade, merecendo uma atenção do legislador, para que os direitos decorrentes do digital, sejam tutelados pelo direito brasileiro.

Verdade é que desde o surgimento da internet, os indivíduos veem acumulando dados em meio virtual, assim, pessoas que antes não se preocupariam com o direito sucessórios por não possuir qualquer patrimônio, atualmente possuem acervo digital que deve ser pensado e resguardado. É notório que o brasileiro não se preocupa com um planejamento sucessório, que é a forma mais eficaz para que seja resguardada a sua vontade para depois da morte, com isso, tem-se que os bens incorpóreos que tramitam no âmbito virtual, após a morte poderão sofrer destinação diversa daquela pretendida pelo falecido.

O presente trabalho tem por objetivo analisar o que são os bens digitais, e quais os meios para que estes sejam deixados ao acervo do de cujus, bem como a necessidade de legislar sobre o tema, incluindo a enorme demanda ocasionada pela pandemia do COVID-19, abarcando assim, diversas perspectivas sobre a herança digital.

2. CONCEPÇÃO DOS BENS DIGITAIS – BENS DIGITAIS DE VALOR ECONÔMICO E SEM VALOR ECONÔMICO

Os bens para o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) são subdivididos em diversas classes, para melhor enquadrá-los e consequentemente, promover a sua tutela jurídica. Sendo assim, tem-se os bens móveis e imóveis, consumíveis e inconsumíveis, principais e acessórios, corpóreos e incorpóreos etc.

Segundo Flávio Tartuce (2019), ainda se faz necessário a diferenciação entre bens e coisas. Sendo que as coisas são abrangentes e podem ser definidas como tudo aquilo que não é humano, já os bens, estão inseridos no grupo das coisas, todavia os bens possuem interesse jurídico e/ou econômico.

Diante disso, temos os bens digitais que se enquadram como bens incorpóreos, uma vez que estes só existem no plano digital. Para Flávio Tartuce (2019) os bens incorpóreos são aqueles que sua

existência é abstrata, pois o indivíduo não pode senti-los nem mesmo tocá-los. Haja vista a crescente digitalização do meio no qual estamos inseridos, o acervo tecnológico pessoal tem crescido de maneira exponencial. Os bens digitais, são alvo de negociação jurídica e muitas informações possuem valor econômico. O caráter on-line não afasta a denominação de bem e assim, merece ser resguardado.

Sendo assim, pode-se conceituar bens digitais como: "um conjunto de informações intangíveis, representados por cadeias de bytes, armazenados, distribuídos ou criados em formato digital, podendo ter caráter econômico e/ou existencial" (PAIXÃO; KAI, 2020, p. 218).

Percebe-se que os bens digitais são todos os arquivos que estão na esfera virtual, podendo estes ser armazenados em um dispositivo, seja um computador, celular, tablet ou mesmo na nuvem, que o acesso é restrito ao login do usuário. Ademais, para a visualização dos bens digitais, por serem uma sequência de bits, é necessário a utilização de um computador ou outro meio similar, não podendo ser vistos a olho nu. (GIOTTI, MASCARELLO, 2017).

Dentro da classificação dos bens digitais, ainda são subdivididos em bens digitais com caráter patrimonial e os bens digitais existenciais. Os primeiros, pressupõem patrimônio, ou seja, valor líquido. São capazes de gerar efeitos imediatos, e devido a sua natureza patrimonial podem vir a compor à herança do de cujus. Além do mais, podem ser administrados e divididos. Pode-se citar como exemplo, as contas de vendas on-line, como o mercado livre e o programa de milhas aéreas, que são economicamente palpáveis.

Em contrapartida, os bens classificados como existenciais, são os que não possuem valor de mercado, ou seja, não é possível determinar seu valor líquido e certo, possuindo caráter emocional e sentimental, sendo demostrado pelas fotos que o de cujus deixou nas redes ou pelas suas preferências musicais, o que pode ser visto como irrelevante para alguns e muito importante para quem solicita estes dados, como forma de estar ligado ao falecido.

No que tange ao meio virtual, muito se discute sobre os bens existenciais, pois, há um conflito entre os direitos da personalidade e a sua transmissibilidade. É certo que os direitos da personalidade assim como se iniciam com o nascimento com vida são extintos com a morte. Deve nestes casos, ocorrer uma ponderação vinda do legislador ou magistrado, frente à transmissibilidade desses direitos, com o intuito de respeitar o falecido e os demais direitos inerentes a ele, tais como honra, imagem, personalidade, dignidade da pessoa humana.

Sendo assim: "Os bens digitais existenciais ocasionam preocupação quanto a ocorrência de sua transmissibilidade dos conteúdos dispostos na rede, posto que em sua maioria reflete ou envolve direitos ligados a personalidade, ou dados pessoais." (CANGUÇÚ, 2020, p. 23).

Contudo, a diferenciação dos bens digitais com valor econômico é de suma importância, uma vez que podem integrar à herança do de cujus. Já os bens existenciais, que são aqueles que possuem valor afetivo e estão intimamente ligados aos direitos da personalidade, não sendo capazes de integrar a herança, conforme os doutrinadores..... que representam a doutrina majoritária, como por exemplo: Flávio Tartuce (2019), Isabela Rocha Lima (2013), Giancarlo Barth Giotti e Ana Lúcia de Camargo Mascarello (2017).

Ademais, diante do tema em debate, vale-se a vontade do falecido em relação aos bens digitais existenciais. Contudo, deve ser observada a existência disposição de última vontade; se não houver, deverão os herdeiros ingressarem no Poder Judiciário para que o direito sucessório seja resguardado e tutelado. (GIOTTI; MASCARELLO, 2017)

3. A TRANSMISSÃO SUCESSÓRIA DOS BENS DIGITAIS E A POSSIBILIDADE DE TESTAR

O direito de suceder, está regulamentado no Código Civil e divide-se em duas espécies, conforme o artigo 1.788, CC/02:

> Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo. (BRASIL, 2002)

Diante disso, tem-se que a sucessão legítima é aquela que decorre da lei, e independe da vontade do de cujus e a sucessão testamentária é exteriorizada pelo testamento, por meio do exercício da autonomia privada, considerado ato de última vontade do testador. Com isso, conclui-se que é o meio mais adequado para aqueles que querem manifestar sua vontade referente aos seus bens.

O patrimônio com o falecimento é transmitido imediatamente, conforme a regra que rege o direito brasileiro: regra da saisine. Sendo transferidos para os herdeiros todas as relações patrimoniais do falecido.

Todavia, vale pontuar que por omissão legislativa, os bens digitais encontram-se à mercê de decisões judiciais. Assim, os bens digitais com valor econômico, tem seguido as regras sucessórias presentes no Código Civil.

No que tange aos bens digitais existenciais, como já conceituados, envolvem direitos personalíssimos, pois estão intimamente ligados aos dados pessoais, de foro íntimo do falecido, como exemplo, e-mails, conversas cotidianas que estão armazenadas nas redes, fotos e outros. Neste caso, a doutrina entende tendo em vista seu caráter personalíssimo, que são intransmissíveis. Existem reflexos *post mortem,* tais como a garantia de sua proteção, mesmo que a própria personalidade não exista mais. Os bens reproduzidos no meio digital, interferem no direito pessoal do indivíduo, pois, exterioriza sua rotina, suas relações pessoais, suas intimidades e preferências. Deve ser ponderado aqui, a intenção do de cujus, em que muitos casos não é compartilhar sua intimidade após a morte. (SÁ; NAVES, 2015).

Sendo assim, os bens digitais de caráter patrimonial podem vir a integrar a legítima, contudo, os bens existenciais devem respeitar

à vontade do de cujus, por falta de legislação específica sobre a sua tutela. Pontua-se mais uma vez a necessidade de adequação do direito brasileiro, no que tange aos bens digitais e ao direito sucessório. É evidente, perante o artigo 1.857, §2º, CC/02 (BRASIL, 2002) que é permitido ao testador, exercer sua autonomia da vontade, inclusive sobre coisas que não possuem caráter patrimonial:

> Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. § 2 º ***São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.***

Com isso, tem-se que os bens digitais por certo, podem ser deixados por legado. Dentre as três formas de testar: testamento público, cerrado e particular, encontra-se aquele em que é objeto desta pesquisa, podendo o testamento com caráter digital integrar qualquer das formas acima citadas. Consiste assim, em tratar sobre os bens digitais, ou seja, aqueles adquiridos no âmbito virtual, que diante da globalização e do desenvolvimento tecnológico, podem ser de grande valor econômico, haja vista a monetização das redes sociais, bem como de valor afetivo. Pois, a velocidade que a internet possui, é capaz de estreitar os laços entre as pessoas independentemente de onde eles se encontram no espaço geográfico, sendo assim, o meio virtual consoante com o direito sucessório merece tutela jurisdicional.

Contudo, fato é que os bens digitais ainda não possuem regulamentação específica, sendo aplicado o pensamento doutrinário e cabendo ao Judiciário julgar as demandas que estão surgindo. Assim, o proprietário dos bens digitais, deve se precaver e em vida, fazer um testamento, especificando o que fazer com suas contas, inshits, fotos, contatos e os demais bens advindos das redes, observando a política de privacidade de cada um.

Ademais, perfis monetizados, são objeto de lucro e de grande valor econômico. Sendo o testamento, considerado o meio hábil mais

efetivo para que os direitos digitais sejam respeitados e não haja a necessidade de processo judicial.

4. A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DOS BENS DIGITAIS NO DIREITO SUCESSÓRIO E AGRAVAMENTO DA PROBLEMÁTICA ANTE A PANDEMIA MUNDIAL

Conforme pontuado anteriormente, com a globalização, a tecnologia e a internet tomaram um grande espaço na vida cotidiana de todo o mundo. Ocorre que, esse avanço tecnológico tem trazido vários reflexos para o direito, principalmente o direito sucessório, uma vez que, o ordenamento jurídico brasileiro ainda carece de regulamentação que trate da destinação dos bens digitais do falecido, ou seja, não se tem uma normatização de como se dará a herança dos bens que o de cujus possui no mundo virtual, como por exemplo, as redes sociais, os e-mails ou as fotos que ficam nas "nuvens".

Desse modo, há a necessidade de uma legislação específica para o mundo digital, visto que, começaram a surgir situações controvérsias no âmbito jurisdicional. Posto isto, com o passar dos anos, tem-se tentado suprir a falta de regulamentação da sucessão dos bens digitais no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de projetos de lei, com o fito de resguardar o direito à herança digital e, por conseguinte a transmissibilidade desses bens.

Frente a essa carência, o deputado Jorginho Mello propôs o Projeto de Lei nº 4.099 no ano de 2012, a qual pretendia acrescentar ao art. 1788 do CC, um parágrafo único, prevendo a regulamentação da transmissão dos bens digitais do autor da herança para seus herdeiros. O deputado em sua fundamentação expôs que era necessário uniformizar as situações conflituosas recorrentes sobre a temática, deixando o acesso total das contas do falecido, bem como seus arquivos digitais para os herdeiros. Todavia, o projeto de lei foi arquivado pela Mesa Diretora (MESA) na data do dia 30/04/2019.

Outrossim, no mesmo ano de 2012, foi apresentado outro Projeto de Lei de nº 4.847/12, do deputado Marçal Filho. Propôs incluir os art.

1.797-A, 1.797-B e 1.797-C no Código Civil. No ano de 2015, o deputado Alexandre Baldy, apresentou Projeto de Lei nº 1.331, o qual alterava a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet, para incluir a previsão da exclusão dos dados pessoais do falecido na internet, devendo ser requerida pelos herdeiros. Este projeto também foi arquivado no ano de 2019. Nesse mesmo sentido, em 2017, Alfredo Nascimento propôs o Projeto de Lei nº 7.742, que visava acrescentar, também à Lei do Marco Civil da Internet, sobre o fim das contas nas redes sociais após a morte de seu titular, mas o projeto acabou sendo arquivado.

Atualmente, se encontra em tramitação o Projeto de Lei nº 3050/20, apresentado no ano de 2020, pelo deputado Gilberto Abramo, que visa alterar o art. 1.788 do Código Civil. Dessa forma, projeto de lei, pretende acrescentar o parágrafo único no artigo referido, positivando que todos os conteúdos, contas e arquivos digitais do autor da herança serão transmitidos aos herdeiros. Essa previsão deverá prevenir conflitos judiciais sobre o acesso de dados digitais. Ao analisar esse projeto, percebe-se que ele é bastante similar com o Projeto de Lei nº 4.099 do ano de 2012 pontuado anteriormente. Ademais, o Projeto de Lei no momento se encontra na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC).

Assim, é evidente que o direito brasileiro ainda necessita de uma previsão sobre a sucessão digital. Contudo, outros países já estão progredindo na regulamentação dos bens digitais. A título de exemplo, em Portugal foi aprovado, no dia 8 de abril de 2021, pela Assembleia da República, a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, a qual posteriormente, foi promulgada pelo Presidente da República no dia 9 de maio de 2021. A carta prevê à proteção contra a desinformação na internet, a liberdade de criação e proteção de conteúdo, dentre outros assuntos, dispondo também da destinação dos bens digitais do usuário após a sua morte, prevendo o direito ao testamento digital. Outrossim, a carta prevê em seu artigo 18, o direito ao testamento digital, a qual garante que as pessoas possam manifestar antecipadamente sua vontade sobre seus bens digitais. Contudo,

dispõe que se o titular do direito tiver deixado indicação ao contrário junto dos responsáveis pelo serviço, como nos casos das redes sociais, esse fato não poderá ser suprimido pelos herdeiros.

Posto isto, a nova disposição permite que os bens digitais sejam deixados por testamento, dessa forma, é importante salientar alguns pontos sobre o direito sucessório de Portugal. Conforme, Mariana da Silva Esteves (2018) explica que a sucessão portuguesa é deferida por lei, testamento ou contrato, ou seja, a primeira é a sucessão legal, podendo essa ser em sucessão legitimaria e sucessão legítima. Por fim, a sucessão poderá ser voluntária, exposta por meio da vontade do autor da herança, a qual é feita por contrato ou por testamento, esse último um negócio jurídico unilateral.

Fato é que, vivencia-se no mundo todo uma situação excepcional com a pandemia da Covid-19, a qual tem ocasionado situações diversas em nossa sociedade, logo, também há controvérsias e situações atípicas no mundo jurídico. Dito isto, o grande número de mortes, causa reflexos principalmente no direito sucessório e, como consequência tem-se aumentado a incerteza ante a falta de regulamentação dos bens digitais, que são hoje, presentes em toda a sociedade, desde os adolescentes até os senhores de idade mais avançada.

Dessarte, Daniel Bucar e Caio Ribeiro Pires (2020) expõem que de acordo com dados do Conselho Notarial do Brasil, entre o mês de abril e julho de 2020, houve um aumento médio de 134% no número de testamentos realizados em cartórios. É possível notar uma mudança com relação ao direito sucessório, para eles, os reflexos no ordenamento jurídico se resumem nas palavras novidade e amadurecimento, uma vez que, a pandemia fez com que os indivíduos enfrentassem a finitude da vida, provocando a pensar mais sobre o planejamento sucessório, o que tem gerado um rompimento de estigmas sobre tal ramo do direito.

Desse modo, é notório o aumento da procura nos cartórios para a criação de um testamento, principalmente, pelos profissionais da saúde e por parte dos idosos, bem como aqueles que possuem alguma comorbidade. Com essa nova visão, seria o momento ideal para o Poder Legislativo criar normas efetivas para que a falta de evolução da

legislação não seja mais um problema a ser enfrentado diante da crise que a atual pandemia da Covid-19 ocasionou.

5. O COMPORTAMENTO DAS REDES SOCIAIS DIANTE DA MORTE DO USUÁRIO

Ressalta-se que existem uma infinidade de informações e perfis nas redes sociais, e como forma de segurança, cada rede social possui sua própria política de privacidade, bem como os termos de uso que cada usuário, ao criar sua conta, compactua, para contratarem os serviços de tais redes sociais. Assim, surge o debate em como as redes sociais se comportam diante da morte de um usuário, tendo em vista que, de um lado, temos os parentes do de cujus, que querem o acesso às suas redes sociais como um refúgio e um acalento diante da perda, por outro lado, temos a garantia trazida ao usuário pelas redes sociais à privacidade de suas informações.

Diante do exposto, existem diversos aspectos que devem ser analisados ante a morte do usuário. Assim, algumas empresas em seus termos de uso já fazem referência a tal possibilidade, como também há as que se abstém sobre. Nesse sentido, conforme, Juliana Evangelista de Almeida (2017), a Apple, em suas condições gerais de uso é silente sobre a sucessão dos dados de seus usuários após a morte.

Desse modo, manifestam-se algumas situações jurídicas, como no exemplo exposto por Juliana Evangelista de Almeida (2017), a qual narra uma reportagem do site do The News, Austrália no ano de 2016, em que a Apple negou o desbloqueio do ID Apple de seu filho falecido de 13 anos, com a fundamentação que deveria ser respeitado a privacidade do falecido.

Com relação ao Facebook, em suas diretrizes dispõe sobre o assunto, pontuando que diante da morte de um usuário, a política de privacidade deverá ser mantida, e permitir o login de outrem na conta do extinto, seria uma violação a essa política. Pontua-se, que se aplica essa normativa também ao Instagram, uma vez que ambas as redes sociais pertencem ao mesmo grupo empresarial.

Dessa forma, Juliana Evangelista de Almeida (2017) aduz que o Facebook se manifesta no sentido de que uma conta, mesmo que inativa, é mantida até que o usuário peça sua exclusão, logo, no caso do falecimento do usuário, a exclusão da conta não ocorre de maneira automática.

Desse modo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em recente julgamento, no mês de março de 2021, formulou uma decisão no seguinte sentido:

> AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – EXCLUSÃO DE PERFIL DA FILHA DA AUTORA DE REDE SOCIAL (FACEBOOK) APÓS SUA MORTE – QUESTÃO DISCIPLINADA PELOS TERMOS DE USO DA PLATAFORMA, AOS QUAIS A USUÁRIA ADERIU EM VIDA – TERMOS DE SERVIÇO QUE NÃO PADECEM DE QUALQUER ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE NOS PONTOS ANALISADOS – POSSIBILIDADE DO USUÁRIO OPTAR PELO APAGAMENTO DOS DADOS OU POR TRANSFORMAR O PERFIL EM "MEMORIAL", TRANSMITINDO OU NÃO A SUA GESTÃO A TERCEIROS – INVIABILIDADE, CONTUDO, DE MANUTENÇÃO DO ACESSO REGULAR PELOS FAMILIARES ATRAVÉS DE USUÁRIO E SENHA DA TITULAR FALECIDA, POIS A HIPÓTESE É VEDADA PELA PLATAFORMA – DIREITO PERSONALÍSSIMO DO USUÁRIO, NÃO SE TRANSMITINDO POR HERANÇA NO CASO DOS AUTOS, EIS QUE AUSENTE QUALQUER CONTEÚDO PATRIMONIAL DELE ORIUNDO – AUSÊNCIA DE ILICITUDE NA CONDUTA DA APELADA A ENSEJAR RESPONSABILIZAÇÃO OU DANO MORAL INDENIZÁVEL - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-SP - AC: 11196886620198260100 SP 1119688-66.2019.8.26.0100, Relator: Francisco Casconi,

> Data de Julgamento: 09/03/2021, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/03/2021).

Outrossim, o julgado exposto evidencia que, como vedado pela plataforma, não é permitido a transmissão da senha e login da conta do falecido à terceiro, devendo ou ser excluído a rede social, ou então ser transformada em um memorial para o morto. Essa decisão foi fundamentada de acordo com os Termos de Serviço e Padrões da Comunidade do Facebook (https://www.facebook.com/policies) o qual aduz que:

> 1.Quem pode usar o Facebook: Quando as pessoas se responsabilizam pelas próprias opiniões e ações, nossa comunidade se torna mais segura e responsável. Por isso, você deve: Usar o mesmo nome que usa em sua vida cotidiana.
> 2.Fornecer informações precisas sobre você. Criar somente uma conta (sua própria) e usar sua linha do tempo para fins pessoais. **Abster-se de compartilhar sua senha, dar acesso à sua conta do Facebook a terceiros ou transferir sua conta para outra pessoa (sem nossa permissão). (grifo nosso).**

Assim, o entendimento das redes sociais tem sido pela prevalência da política de privacidade disposta nos termos de uso, não passando o acesso da rede social para outrem, após a morte do usuário, respeitando o pacto contratual firmado entre o usuário e a rede social.

Nesse sentido, salienta-se ainda que, como pontuado anteriormente, deve ser analisado os bens digitais com valor econômico e os bens digitais sem valor econômico no momento de sua transmissão. Os primeiros, são passíveis de integrar a herança deixada pelo falecido, podendo se enquadrar os profissionais

digitais influencers, que possuem um grande número de seguidores e impressões nas redes sociais, possuindo renda advinda do mundo digital.

Entretanto, percebe-se que os bens sem valor econômico, ou bens existenciais, são os de caráter mais pessoal e por isso não deveriam ser transmitidos, visto que, possuem um valor mais afetivo e estão ligados aos direitos da personalidade. Assim, as conversas pelos chats das redes sociais, por e-mails, entre outros, são bens de caráter privado do falecido e devem ser deixados de fora do acervo sucessório, para que se proteja não só o extinto, como também à terceiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, foi feita uma breve síntese sobre o mundo digital, abordado o conceito de bens digitais, bem como os tipos existentes e as suas implicações no direito sucessório. Como citado anteriormente, não há uma disposição legal específica que regulamenta a sucessão dos bens digitais, mas já houve projetos de lei sobre o tema que não tiveram andamento. Atualmente, há o Projeto de Lei 3.050/2020 em pauta. Enquanto não se normatiza, as políticas de privacidade das redes sociais, estão tendo poder de decisão com relação ao tema.

Salienta-se que diante da nova regulamentação de Portugal, dispondo sobre a herança digital, é um grande passo para a evolução do direito em relação aos bens digitais, visto que, outros países devem se embasar nessa nova dogmática e seguir a mesma direção do direito português.

Diante de todo o exposto, fica evidente que essa situação sofreu um agravamento com a pandemia da Covid-19, visto que, com o aumento do número de mortes causado pelo vírus, tem-se o crescimento da dúvida sobre a destinação dos bens digitais do falecido. Desse modo, há a necessidade de que o assunto seja regulamentado, cessando as divergências que o cerca.

Pode-se concluir que com o passar do tempo ainda mais atual será o tema, visto que a sociedade caminha a passos largos para a era mais digitalizada da história e que o Direito deverá acompanhar estes passos, trazendo resposta para um assunto delicado ao que se trata da morte de alguém e de direitos inerentes a personalidade do de cujos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A tutela jurídica dos bens digitais após a morte**: análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital. 180f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei no 1331/2015**. Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 - Marco Civil da Internet. Brasília: Câmara dos Deputados, 29 abr. 2015 Disponível em: <Https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1227967> Acesso em: 22/05/2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 3050/2020.** Altera o art. 1.788 da Lei nº 10,406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2254247> Acesso em: 22/05/2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 4099/2012**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678> Acesso em: 22/05/2021.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei PL 4847/2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:<Http://www.lexml.gov.br/

urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2012-12-12;4847> Acesso em: 22/05/2021.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei no 7742/2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília: Câmara dos Deputados, 30 maio 2017. Disponível em: <Https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>. Acesso em: 22/05/2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 22/05/2021.

BRASIL. **LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República; 2018.Disponível em: <Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 22/05/2021.

BUCAR, Daniel; PIRES, Caio Ribeiro. **Em matéria de Direito das Sucessões, 2020 foi um ano de novas percepções**. Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-13/direito-sucessorio-2020-foi-ano-novas-percepcoes> Acesso em: 22/05/2021.

CANGUÇÚ, Thiara Pollyanna da Silva. **Herança de bens digitais**. Monografia - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Faculdade Mineira de Direito em Belo Horizonte, 2020.

ESTEVES, Mariana da Silva. **Da tributação de sucessões transnacionais em Portugal: a compatibilidade com a ordem jurídica europeia.** Dissertação de Mestrado em Direito na variante de Ciências Jurídico-Económicas. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018.

FACEBOOK. **Termos e políticas. Disponível em:** <https://www.facebook.com/policies> Acesso em: 22 de maio de 2021.

GIOTTI, Giancarlo Barth; MASCARELLO, Ana Lúcia de Camargo. Herança Digital. In: **5° Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais**, 21, 22, 23 de junho de 2017.

LIMA, Isabela Rocha. **Herança Digital: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente.** Monografia - Universidade de Brasília Faculdade de Direito em Brasília, 2013.

PAIXÃO, Adrian Gabriel Fideles; KAI, Bruna Teixeira. **Direito do patrimônio cultural na era da informação: bens digitais e a tutela jurídica**. RIHGRGS, Porto Alegre, n. 157 especial, p. 209-230, abr. 2020.

PORTUGAL. Decreto n.º 136/XIV. Institui a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. 08 de abril de 2021. Disponível em: < <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=-6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a-566b786c5a79394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a564268636d786862575675644746794c7a46685a6a597a5a-5759324c546b7759574d744e4441325a433169595467774c5467314f574d-314d7a41304f5468695969356b62324e34&fich=1af63ef6-90ac-406d-ba-80-859c530498bb.docx&Inline=true > Acesso em: 05/06/2021.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. Publicado em: 19 de maio de 2021. Disponível em:<https://www.dgae.gov.pt/comunicacao/destaques/carta-portuguesa-dos-direitos-humanos-na-era-digital.aspx> Acesso em: 05/06/2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 11196886620198260100. Ação de Obrigação de Fazer e Indenização por danos morais. Elza Aparecida Silva de Lima Amorim versus Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Relator: Francisco Casconi, São Paulo. Data de Julgamento: 09/03/2021; Data de Publicação: 11/03/2021. TJSP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> Acesso em: 05/06/2021.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Sucessões. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. .pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c315675644746794c7a46685a6a597a5a5759324c546b7759574d744e4441325a433169595467774c5467314f574d314d7a41304f5468695969356b62324e34&fich=1af63ef6-90ac-406d-ba80-859c530498bb.docx&Inline=true > Acesso em: 05/06/2021.

REPÚBLICA PORTUGUESA. **Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital**. Publicado em: 19 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.dgae.gov.pt/comunicacao/destaques/carta-portuguesa-dos-direitos-humanos-na-era-digital.aspx> Acesso em: 05/06/2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 11196886620198260100. **Ação de Obrigação de Fazer e Indenização por danos morais.** Elza Aparecida Silva de Lima Amorim versus Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Relator: Francisco Casconi, São Paulo. Data de Julgamento: 09/03/2021; Data de Publicação: 11/03/2021. TJSP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> Acesso em: 05/06/2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

AS SEQUELAS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO DIREITO A AMPLA DEFESA

Francisco Alves da Cunha Horta Filho[78]

INTRODUÇÃO

O dia 26 de fevereiro de 2020 é uma data que, certamente, ficará marcada na história do nosso País, isso porque, neste dia foi notificada oficialmente a primeira vida perdida em nosso território por conta da Sars-Cov-2. De lá para cá foram perdidas centenas de milhares de vidas brasileiras e a economia sofreu um impacto que não se poderia imaginar.

Este artigo pretende responder a seguinte indagação: também o direito de defesa sofreu com a COVID-19 no Brasil?

De forma mais específica, o artigo investigará como a pandemia impôs obstáculos à elaboração da tese defensiva e de qual maneira ela atuou nas audiências de custódia. Em um primeiro momento será abordado, de forma genérica, o direito a ampla defesa em nossa atual ordem jurídica. Após, o direito de defesa como produto de um diálogo entre acusado e defensor será abordado especificamente, atentando-se para as providências adotadas na seara da administração penitenciária. O terceiro tópico se debruçará sobre o direito a audiência de custódia e como a crise sanitária impactou na sua concretização. Por fim, serão tecidas as conclusões.

78 Mestrando em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petropolis, na linha de pesquisa Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos (2021). Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro (2006). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2005). Professor de Curso Preparatório.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL A AMPLA DEFESA NO PROCESSO PENAL

O artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal da República estabelece como um dos direitos individuais consagrados com o surgimento da atual ordem jurídica aquele que se assegura a pessoa acusada de utilizar-se dos meios disponíveis em lei para escusar-se da imputação que é lançada em seu desfavor. É por conta disso que, ao se definir o escopo central do processo penal, a antiquada visão de que ele cumpre a tarefa de concretizar a pena que está prevista em uma norma substantiva não é suficiente, e, até certo ponto, serve para vulgarizar a matéria, na medida em que o seu principal intuito é preservar os direitos estabelecidos na Lei Maior, como aliás, destaca TOURINHO FILHO (2010, 56): "Enquanto a Constituição proclama os direitos e garantias fundamentais do homem, é por meio do processo penal que as garantias tornam os direitos fundamentais realidade".

É no bojo do devido processo penal que a pessoa acusada da prática de uma conduta relevante penal poderá exercer o direito de se defender, tomando conhecimento acerca do que consiste a acusação, manifestando-se ao juiz a partir de argumentos jurídicos e de elementos de fato que impedem a procedência da denúncia ou da queixa-crime nos termos em que foi apresentada, exerce a atividade probatória e, ainda, submete decisões prejudiciais ao seu interesse à uma instância superior para revisão.

Não se concebe, em um Estado Democrático de Direito, que uma pessoa possa ser processada criminalmente sem que lhe seja assegurado o direito de exercer a sua defesa com a maior amplitude possível, respeitados os limites éticos e legais.

O direito de defesa se ajusta a ideia de uma cláusula aberta, isso porque, ao longo do tempo, o que se considera uma defesa exercida nestes termos foi se alterando, notadamente, para fazer agregar novas nuances que tem o condão de facilitar a defesa da liberdade do indivíduo.

Para os fins a que se propõe este artigo vale destacar duas das camadas que compõem o direito de defesa, quais sejam, o direito de possuir um defensor técnico escolhido de forma livre pelo acusado para a sustentação da sua tese e o direito de presença diante do juiz.

O Direito é ciência e, como tal, depende para a sua correta manipulação do conhecimento técnico que se adquire com a dedicação ao estudo em um curso de grau superior, e, ainda, para deter *jus postulandi*, a submissão e aprovação no exame aplicado pela Ordem dos Advogados do Brasil. São anos de dedicação para que o profissional possa conhecer as técnicas necessárias para a representação em juízo dos indivíduos que figuram como partes no processo.

Há determinadas questões que apenas um profissional com especialidade na área é capaz de instrumentalizar de forma eficiente em favor daquele que ele representa.

Por este motivo é que se estabelece a necessidade de que a pessoa acusada da prática de um crime esteja acompanhada, durante o processo, por um defensor técnico, público ou privado, a depender das circunstâncias do caso.

Sobre a importância da defesa técnica para o adequado processo penal fala GIACOMOLLI (2016, 152):

> A garantia da ampla defesa exige conhecimento técnico na atuação, em prol do imputado. Por isso, é exercida através de advogado constituído, dativo ou por meio da defensoria pública, nos termos do art. 8.2, d e e, da CADH. [...] Enquanto a obrigatoriedade da defesa pessoal abarca somente a sua oportunização, a defesa técnica é indispensável e indisponível no processo penal (art. 261, CPP), transcendendo a vontade do acusado, em razão da estrutura do Estado de Direito e da necessidade de se ver prestada a tutela judicial criminal efetiva.

A importância do defensor técnico na ampla defesa é de tamanho relevo que, ao contrário do que se dá com a autodefesa, não é um direito que o acusado pode dispor.

Assim, a assistência ao acusado de um defensor técnico para acompanha-lo em todos os atos do processo é essencial para que se possa dizer que foi assegurada a ampla defesa, haja vista que, com o profissional é legítimo presumir que toda a técnica jurídica foi empregada no caso para a melhor satisfação do interesse do acusado.

É ainda pertinente enfatizar o direito à audiência como outro viés da ampla defesa.

A pessoa acusada da prática de um crime tem o direito de estar em audiência perante a autoridade judiciária competente. É o que se consagra no direito norte-americano como o "his day in court". Desde o momento mais inicial da persecução criminal deve ser assegurado ao acusado o direito de reportar-se diretamente ao juiz, e, ao contrário do que se poderia imaginar, não apenas no ato em que são coligidos os elementos de prova, mas desde que a liberdade começa a sofrer restrição.

No processo penal brasileiro, o direito de estar na audiência em que são realizados os atos instrutórios é essencial, inclusive, para que o acusado possa confrontar a prova que pesa contra ele, mas, não se limita a este momento. Como bem destaca GIACOMOLLI (2016, 145) há o direito da pessoa custodiada estar diante do juiz competente desde o momento em que é preso:

> Por isso, toda pessoa detida, seja pela conversão do flagrante em prisão preventiva, seja pelo cumprimento de mandado de prisão, deverá ser imediatamente apresentada em juízo, antes de ser recolhida ao cárcere, para que seja ouvida por um magistrado. [...] A funcionalidade da audiência de custódia não se restringe à verificação do estado físico do detido, mas também se destina a garantir o direito de audiência do preso, controlar a legalidade, os requisitos e os pressupostos da

> detenção e incrementar o contraditório, a oralidade e a *ultima ratio* do recolhimento ao cárcere.

Dessa forma, a ampla defesa prevista em nossa ordem jurídica garante ao acusado o direito à uma defesa técnica e o de estar presente diante do juiz desde que a sua liberdade passa a sofrer qualquer constrição.

3. OS OBSTÁCULOS NA ELABORAÇÃO DA DEFESA E O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE ACUSADO E DEFENSOR

Como bem destaca SARMENTO (2002, 59) o "princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico". No processo penal, em especial, quando se cogita o direito de apresentar uma defesa material para rebater uma acusação soa absolutamente inócuo destacar a umbilical relação entre o seu exercício e a preservação dos valores inerentes à dignidade. Por outro lado, a influência do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal da República vai além e interfere na própria dinâmica da defesa e da relação que se desenvolve entre o acusado e o seu defensor.

Já se disse, em capítulo anterior deste artigo, que o direito à ampla defesa assegura à pessoa acusada a representação por um profissional técnico do direito, por ela escolhido livremente ou financiado pelo Estado, para que ele conduza ao juiz natural os argumentos que poderão, de acordo com a ordem jurídica vigente, culminar com uma absolvição ou, ao menos, converter-se em algum benefício. Da mesma maneira, garante o direito de rebater a acusação diretamente ao juiz, o que se dá, principalmente, no momento do seu interrogatório.

A defesa técnica e a autodefesa compõem, dessa forma, as duas faces de uma mesma moeda, sem que exista, em especial sob o viés da primeira, qualquer relação de preponderância quanto à segunda. O defensor e o acusado não mantem uma relação pautada pela verticalidade ou pela subjugação.

É natural que seja assim, afinal, ao incidir sobre o direito de defesa a dignidade da pessoa traz em si uma ideia de autonomia, muito bem traduzida por BARROSO (2013, 81):

> A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida. [...] A autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas).

A pessoa acusada, por ser um indivíduo dotado de dignidade, tem autonomia para, em conjunto com o seu defensor técnico, estabelecer quais serão as estratégias adotadas para a busca de uma decisão favorável. Em outras palavras: as decisões defensivas não decorrem de uma postura solitária do defensor técnico, mas, de um trabalho harmônico, fruto de um diálogo estreito com a pessoa acusada.

Da mesma forma que é inconcebível cogitar que a pessoa acusada, despida de conhecimento jurídico, possa fazer a sua defesa adequadamente em juízo, também não se reputa satisfatório a atuação isolada do defensor técnico, pelo menos, por dois motivos: o primeiro é que ninguém melhor do que a pessoa acusada conhece os elementos de fato que envolvem a acusação contra ela lançada, não sendo possível nem mesmo ao mais habilidoso dos profissionais conhecer fatos que não presenciou sem o auxílio de terceiros; e, o segundo é que ninguém tem mais interesse em uma decisão que caminhe no sentido da tese defensiva do que a pessoa que sofre a acusação, haja vista que é o seu direito de liberdade que está em xeque.

Para que o direito de defesa seja exercido nos moldes propostos pela Constituição Federal da República, a relação entre o acusado e o

seu defensor, especialmente no momento da elaboração das teses que serão levadas ao conhecimento do julgador, deverá ser a mais próxima possível. O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal da República carregou para o núcleo do direito de defesa uma relação dinâmica instalada entre o defendido e o defensor.

PRADO (2005, 124) trabalha esta dinâmica defensiva sob o prisma da atual Carta Política:

> Com efeito, sobre o acusado deve-se sublinhar, com reservas, que não corresponde ao anseio de justiça qualquer proposta fundada na ideia de que não possa dispor da capacidade de autodeterminação, que não é um direito, mas uma característica inerente à sua condição de ser humano. Pode, pois, em uma lógica não-paternalista, mas responsável, desde que consciente da situação gerada pelo processo e dos cenários hipotéticos que a eleição de algumas alternativas de comportamentos poderá implicar, escolher mesmo soluções que resultem na disposição sobre o conteúdo do processo acusatório. [...] Ponderando-se, porém, os bens e interesses em jogo com a disciplina da autodeterminação de um ser, que compreende em seu particular estatuto essa característica como essencial, é válido considerar a importância e o relevo que tem a vontade do acusado para o desfecho de um processo penal de natureza acusatória.

Como se sabe, um dos traços marcantes da pandemia que vivemos desde 2019 é a necessidade do distanciamento social como uma importante estratégia de redução do contágio. Fazendo um recorte especial, analisando a situação no Estado do Rio de Janeiro, a Secretaria Estadual de Administração Penitenciária editou a Resolução SEAP nº 805/2020 em que estabelecia: 1) a impossibilidade de acesso de advogados maiores de 60 anos e das gestantes nas unidades prisionais; 2) o acesso somente seria franqueado ao profissional que trouxesse consigo luva, máscara e álcool em gel; 3) apenas um profissional por

custodiado poderia ingressar nas unidades; e, 4) o advogado somente poderia permanecer no local destinado às entrevistas.

De plano, observa-se que a Resolução SEAP viola um direito básico do indivíduo acusado, qual seja, o de escolher livremente quem fará a sua defesa, na medida em que, se o profissional contar mais de 60 anos de idade ou estiver em gestação não poderá, diretamente, entrevistar-se de forma reservada.

O certo é que tais providências acabaram por dificultar o contato do defensor com a pessoa por ele defendida, o que foi veiculado, como uma reclamação dos advogados na versão eletrônica do jornal EL PAÍS: "Defensores ouvidos pela reportagem confirmaram a informação, mas disseram que a burocratização do processo e os riscos praticamente inviabilizam as visitas.

No âmbito da União Federal o problema assumiu contornos ainda mais extremos, isso porque, o Departamento Penitenciário Federal, através da Portaria nº 5, de 16 de março de 2020, suspendeu por completo o atendimento dos presos por seus advogados, exceto em situações excepcionalíssimas.

A mazela decorrente da dificuldade do contato pessoal entre o acusado e aquele que faz a sua defesa fica evidente em alguns momentos. Vejamos um exemplo que dimensiona essa fragilização. O artigo 396-A do Código de Processo Penal prevê que a defesa deve apresentar, já no momento do oferecimento da resposta preliminar, os documentos que pretende usar para sustentar a sua tese e arrolar as testemunhas que deverão ser ouvidas na audiência de instrução e julgamento. Tais elementos decorrem de informações passadas pela pessoa acusada ao defensor técnico, que, como regra, não tem conhecimento quanto a quem poderá depor ou quais os documentos que servem para afastar a pretensão do órgão acusador.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se vê, a título exemplificativo, no AgrRg no RHC 105.683/RJ e no AgInt no RHC 99.747/GO, tem o entendimento consolidado no sentido de que não configura cerceamento de defesa o indeferimento pelo juiz natural

do pedido de substituição das testemunhas que foram incluídas na resposta preliminar.

Sem que o defensor tenha a possibilidade de estabelecer um contato reservado com a pessoa defendida não é possível estabelecer a linha de tese que será apresentada ao juiz, muito menos reunidos os elementos que deverão ser entregues já na resposta preliminar. Não poderão estabelecer o caminho que será adotado para um provimento favorável à liberdade, ao menos, não de forma concertada como exige a dignidade da pessoa humana e o valor da autodeterminação esclarecida.

Se o acusado não pode reunir-se com o seu defensor técnico de forma reservada e com ele estabelecer quais serão as linhas mestras da tese defensiva que será sustentada ao longo do processo é impossível o cumprimento do que estabelece o artigo 396-A do Código de Processo Penal e, por conseguinte, o direito de defesa passa a significar um mero protocolo sem qualquer possibilidade de influenciar na decisão final.

4. OS REFLEXOS NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: DA SUSPENSÃO AO ATO REMOTO

Segundo LOPES JR. (2021, 90), a audiência de custódia é aquela:

> [...]em que o preso será – após a formalização do auto de prisão em flagrante feito pela autoridade policial – ouvido por um juiz, que decidirá nessa audiência se o flagrante será homologado ou não e, ato contínuo, se a prisão preventiva é necessária ou se é caso de aplicação das medidas cautelares diversas (art. 319).

Não seria inusitado que uma pessoa desavisada imaginasse que o instituto da audiência de custódia teria sido acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro em meados dos anos 2010. Acontece que não é assim, afinal, sua previsão está no artigo 7º, 5, da Convenção

Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, firmado pelo Brasil e internalizado por meio do Decreto nº 678/1992, e, ainda, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, agregado formalmente ao sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 592/1992. Quando se fala em audiência de custódia, neste sentido, o debate envolve um instituto que já conta 29 anos, mas, infelizmente, apenas em meados dos anos 2010 é que o tema ganhou o merecido destaque na prática penal.

A sensibilidade do tema está ligada a uma questão de atraso na cultura civilizatória brasileira, como bem ressalta CRUZ (2020, 307), que

> pesquisas variadas indicam que boa parte da população ainda cultiva a ideia de que direitos humanos são outorgados apenas aos 'humanos direitos', o que se explica, possivelmente, por hábitos adquiridos desde a formação colonial do povo brasileiro

.

Não seria forçoso dizer que, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o marco da afirmação do direito convencional à audiência de custódia foi a decisão no processo nº 0064910-46.2014.8.19.0000 *(Habeas Corpus)*, relatado pelo desembargador Luiz Noronha Dantas, ao apreciar um pedido formulado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. O remédio constitucional trazia como causa de pedir, dentre outros, o argumento que a prisão em flagrante do então paciente havia sido convertida em prisão preventiva adotando-se, para tanto, o sistema estabelecido pelo artigo 310 do Código de Processo Penal, de cunho burocrático e sem qualquer contato pessoal do juiz com o custodiado.

Gerou uma incômoda perplexidade, o estranhamento de uma parte dos operadores do direito com aquela decisão. Alguns banalizaram o instituto, que tem como um dos seus escopos, em um país que tem a violência estatal presa em suas entranhas, assegurar a incolumidade física daquele que tem a sua liberdade limitada pelo

Estado em suposta ação de flagrante criminoso. Outros, pareciam até mesmo desconhecer o instituto, ou, ao menos, que a sua sede convencional foi incorporada explicitamente pelo direito brasileiro desde 1992. Por fim, há ainda aqueles que creditam as audiências de custódia a um movimento de "bandidolatria"[79] que visa, tão-somente, lançar criminosos perigosos às ruas.

A decisão mencionada merece destaque, principalmente, em relação a duas questões essenciais para que a audiência de custódia possa atingir os fins a que se propõe. A primeira, representa a determinação de que a audiência de custódia deva ser realizada com a maior brevidade possível após a prisão, em até 24 horas, sob pena de, assim não ocorrendo, imputar-se responsabilidade ao agente público causador da demora. A segunda, se consubstancia na necessidade de apresentação pessoal do preso ao juiz competente, quando este poderá, diretamente e sem quaisquer intermediários, tomar contato com o custodiado e verificar a ocorrência de ilegalidades na prisão ou a desnecessidade de manutenção da providência cautelar que poderia ser substituída por outra menos restritiva ao direito ambulatorial.

O que se viu a partir daquela decisão foi o incremento no debate acerca da audiência de custódia e a urgência da sua efetiva implementação, sendo certo que, não tardou para que o tema desembocasse no Conselho Nacional de Justiça. A maneira como o referido órgão tratou das audiências de custódia tornou induvidoso, até para os mais ferrenhos críticos do instituto, que o comparecimento pessoal do custodiado à presença do juiz competente, em curto espaço de tempo, é essencial para a consecução dos objetivos do instituto.

O Conselho, à época presidido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, editou a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015,

79 A expressão foi utilizada em um manifesto assinado por membros do Ministério de diversos estados e alguns advogados, e, posteriormente, objeto de livro que conceitua o termo, em linhas gerais, como uma mentalidade prejudicial ao desenvolvimento das políticas de segurança pública que coloca a pessoa acusada como personagem central de um feixe de garantias. (PESSI, Diego, SOUZA, Leonardo Giardin de. **Bandidolatria e Democídio. Ensaios sobre Garantismo Penal e a Criminalidade no Brasil.** 3.ed. Porto Alegre: SV Editora, 2018)

que regulamentou o procedimento das audiências de custódia. Em um dos *consideranda,* o ato normativo é claro a respeito da necessidade da apresentação do acusado ao juiz para que se atenda aos desideratos do instituto:

> CONSIDERANDO que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes;

Não bastasse isso, no corpo normativo da Resolução há ainda outros indicativos quanto a importância de fazer com que o custodiado chegue à presença direta do juiz encarregado do ato, como por exemplo: 1) o artigo 1º, parágrafo 4º estabelece, por questões sanitárias, não sendo possível levar o preso ao juiz competente para a avaliação quanto a legalidade da prisão, o ato deverá ser realizado onde aquele se encontre; 2) o artigo 2º estabelece que é atribuição da secretaria de administração penitenciária da unidade federativa respectiva adotar as providências logísticas para que o preso seja apresentado ao juiz; e, 3) o artigo 6º, *caput*, por sua vez, diz que o preso tem o direito a entrevistar-se de forma reservada com o seu defensor antes de ser apresentado ao juiz.

Dessa forma, é possível dizer que a conclusão quanto a necessidade de que o preso seja apresentado, de forma imediata e presencial, ao juiz competente para a realização da audiência de custódia decorre:

> De uma interpretação teleológica do instituto, haja vista que, se os seus objetivos são apurar a prática de qualquer ato ilegal de violência contra a pessoa

> presa, e, ao mesmo tempo, obter elementos que permitam ao julgador formar a sua convicção quanto a necessidade de manutenção da prisão, não há meio mais adequado para o atendimento de taais finalidades senão a partir do contato imediato entre juiz e preso; e,
>
> De uma interpretação literal do artigo 7º, 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San Jose da Costa Rica, ao dizer expressamente que a pessoa detida "deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais" e da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, principalmente, no artigo 1º, parágrafo 4º, ao dizer que apenas por questões sanitárias o preso não será levado ao juiz, ocasião em que o magistrado deverá ir até o custodiado, no artigo 2º, que obriga a secretaria de administração penitenciária a realizar a operação logística de traslado do preso, e, por fim, no artigo 6º, *caput*, que prevê o direito à entrevista com o defensor "antes da apresentação da pessoa presa ao juiz".

Com o surgimento da pandemia e a necessidade de se evitar, ao máximo, as aglomerações humanas em ambientes propícios a propagação do vírus, tal como, uma sala de audiências, em geral, diminutas e sem ventilação, não tardou para que as altas administrações de cada uma das cortes de justiça do país propusessem a suspensão dos atos presenciais, dentre os quais, as audiências de custódia.

No Estado do Rio de Janeiro, o Ato Normativo nº 6, de 19 de março de 2020, o Tribunal de Justiça decretou que "Estão suspensas, a partir do dia 19/03/2020, as realizações de audiências de custódia, no âmbito das CEAC´s do TJERJ, enquanto vigente a suspensão de audiências tratada no Ato Normativo Conjunto 05/2020".

O dano que se impôs ao direito de ser levado ao juiz logo após a sua prisão é evidente: o vetusto e burocrático procedimento restrito

a análise fria dos papéis que integram o auto de prisão em flagrante voltou à realidade e a autoridade judicial passou a não mais possuir meios para entrevistar, diretamente, o custodiado e de saber se acabou submetido a algum tipo de tratamento abusivo na sua prisão e, ainda, julgar se a supressão absoluta do direito ambulatorial se revela indispensável na hipótese.

Esta situação chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do HC 186.421/SC, relatado pelo Ministro Celso de Mello. Nesta oportunidade foi reafirmada a relevância da audiência de custódia e a impossibilidade de sua supressão, sob qualquer hipótese, do direito estabelecido na Convenção Internacional.

Surge, então, o seguinte problema: como é possível propiciar a preservação do direito da pessoa presa ser apresentada com brevidade a autoridade judiciária para fins de avaliação quanto à legalidade da custódia e resguardar a saúde de todos os atores envolvidos no ato, inclusive, a própria presa conduzida?

A urgência no enfrentamento do problema é evidente, afinal, a gravíssima questão sanitária imposta pela COVID-19 atravessou 2020, e, ao que tudo indica, infelizmente, remanescerá pelo menos até o próximo ano.

Para acatar o direito posto pela Convenção Internacional e mitigar os riscos de contágio das pessoas envolvidas, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 329/2020, passou a autorizar, expressamente, que os Tribunais de Justiça empregassem os meios tecnológicos que possuem a sua disposição para que fossem feitas as audiências de custódia.

É inegável, até mesmo para aqueles que defendem ferrenhamente o instituto, que a realização das audiências de custódia de forma presencial gera um incremento no risco de contágio dos envolvidos no ato. Como se disse, a estrutura das salas de audiência não é aquela recomendada para a reunião de, pelo menos, 6 pessoas – juiz, custodiado, promotor, defensor técnico e agentes auxiliares – em torno de uma mesa. Basta que um daqueles indivíduos na audiência

traga consigo o vírus para que, provavelmente, todos os demais levem para os seus círculos de convivência a enfermidade.

Já os críticos da audiência de custódia também não conseguem superar a constatação de que será a partir de um contato "tridimensional" que o juiz poderá verificar com o custodiado durante a sua entrevista se ele teria sido vítima de alguma atuação ilegal e se não há outra maneira se preservar a prestação jurisdicional de mérito senão com a imposição da prisão cautelar. Apenas quando o custodiado está frente a frente com o juiz competente é que será possível ter a certeza necessária quanto à inexistência de violência ou coação exercida no momento da entrevista. A presença física é a única forma de se constatar a liberdade do custodiado.

Tem-se, assim, que o concerto necessário à manutenção das audiências de custódia sem perder de vista a preservação da saúde dos personagens envolvidos no ato acabou por restringir o direito da pessoa custodiada que está previsto na Convenção Internacional, isso porque, dificultou a averiguação da legalidade do aprisionamento e, também, a captura da impressão acerca da necessidade da manutenção da prisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se percebe, os efeitos da pandemia do COVID-19 se fazem sentir no aspecto social e econômico, quando se exige, para frear o contágio da doença, a adoção de medidas de distanciamento social e de restrição de diversas atividades produtivas. Da mesma maneira, o direito a ampla defesa também acaba limitado, em especial, quando se toma como referência os dois elementos abordados no artigo.

A dificuldade de contato direto que foi imposta pela adoção das medidas sanitárias nas unidades de custódia prejudicou, de sobremaneira, a relação travada entre o defensor técnico e a pessoa defendida para estabelecer as estratégias da tese que serão levadas ao processo, e, até mesmo, escolher aqueles documentos que deverão instruir a resposta preliminar e quais as testemunhas que precisam ser

arroladas para comparecer na audiência de instrução e julgamento. É impossível, com tais medidas, que defensor e defendido possam atuar de forma harmônica na elaboração das teses defensivas.

Como os demais atos processuais presenciais, no caso das audiências de custódia, a impossibilidade da sua realização acabou por fazer com que a verificação da legalidade da prisão cautelar voltasse ao seu caráter burocrático, sem qualquer contato direto entre o custodiado e o juiz competente, o que impossibilita o atendimento das suas finalidades. Nem mesmo a utilização de tecnologia para a realização remota consegue superar este obstáculo, afinal, não permite que o juiz tenha a certeza quanto a liberdade do preso ao responder as perguntas da entrevista.

Apenas com a superação da gravíssima crise sanitária pela qual estamos passando é que será possível retomar, nos moldes estabelecidos pela ordem jurídica vigente, a efetivação do direito a ampla defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Gil. Sem visitas nem acesso a advogados, presos temem coronavírus. Primeira vítima morre em cadeia do Rio. **El País**. 17/04/2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-04-17/sem-visitas-nem-acesso-a-advogados-presos-temem-coronavirus-primeira-vitima-morre-em-cadeia-do-rio.html>

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Forum, 2013.

CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas**. 5.ed. Salvador, JusPodivm, 2020

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2021

PESSI, Diego, SOUZA, Leonardo Giardin de. **Bandidolatria e democídio. Ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil.** 3.ed. Porto Alegre: SV Editora, 2018

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2010

FEMINICÍDIO: O ÓDIO EM RAZÃO DO GÊNERO

Taynara Aparecida Ciconelli Miranda Dutra[80]
Thaysa Navarro Aquino[81]

Área do Conhecimento: Direito Penal

Palavras-Chave: feminicídio, gênero, violência, discriminação

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discorrer sobre o feminicídio, que é um crime gravíssimo e exige imediatas medidas de combate. Por esse motivo, foi sancionada no Brasil a lei n°13.014/2015, que introduz uma qualificadora no nosso sistema jurídico penal brasileiro, aumentando a pena para autores dos crimes de homicídio praticado contra as mulheres.

2. OBJETIVOS

O objetivo central do trabalho é apresentar uma das qualificadoras do crime de homicídio no sistema jurídico penal brasileiro, bem como, a importância da lei como um instrumento de proteção à mulher.

3. METODOLOGIA

Os estudos foram desenvolvidos através de pesquisa qualitativa e bibliográfica a partir da análise doutrinária, jurisprudencial, artigos científicos, regulamentações e da legislação vigente.

80 Taynara Aparecida Ciconelli Miranda Dutra Estudante do Curso de Direito; email: taynaramirandadutra@gmail.com

81 Thaysa Navarro Aquino Professora do Centro Universitário Faminas[2].

4. RESULTADO E DISCUSSÃO

O crime de feminicídio, de acordo o artigo 121, §2º, VI do Código Penal [1], nele incluído pela Lei nº13.104/2015, é uma das qualificadoras do crime de homicídio e se configura quando ocorre o homicídio contra a mulher em razão da condição de ser do sexo feminino. Desta forma, entende-se que se ocorrer um assassinato contra a mulher por motivo distinto do ora mencionado, será considerado homicídio comum (femicídio).

Para efeitos de identificação do que possa ser condição de sexo feminino para o Código Penal Brasileiro, colaciona-se o §2º-A do artigo 121: "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". Portanto, quando houver violência no âmbito familiar e desta resultar morte da vítima, sendo ela de sexo feminino, ocorrerá o feminicídio, cuja pena é de reclusão de 12 a 30 anos (BRASIL, 1940). Por outro lado, fora do âmbito familiar, ou até mesmo dentro dele, se a vítima for discriminada por ser de sexo feminino e houver atitudes preconceituosas que delas resultam a morte da vítima, também há de se falar em feminicídio. O crime mencionado, na maioria das vezes, ocorre por ex-cônjuge ou companheiro que não aceita a separação e uma nova relação de sua ex-mulher com outra pessoa. Quando o autor não tem atitude relacionada com os incisos do §2º-A do artigo 121, há de se falar em femicídio, ou seja, assassinato de mulheres.

Greco (2015) costuma dividir o feminicídio em íntimo, não íntimo e por conexão. Para fins de conceituação, o íntimo será quando o homem, autor do crime, tinha ou tem relação íntima, familiar ou de convivência. O não íntimo é quando não há as relações descritas no íntimo; e o de conexão quando a vítima se encontra em determinada situação que faz com que o autor se engane e mate ela ao invés de outra mulher.

Adriana Ramos de Mello, juíza titular do 1º Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,

diz que: "O feminicídio íntimo é um contínuo de violência. Antes de ser assassinada a mulher já passou por todo o ciclo de violência, na maior parte das vezes, e já vinha sofrendo muito tempo antes" (Segundo dados do Mapa da Violência 2015 (Cebela/Flacso) [4], o Brasil está entre os países com maior índice de mulheres assassinadas por razão de gênero, ocupando a quinta posição em um ranking de 83 países. Pesquisas comprovam que o crime de femicídio teve uma queda no ano de 2018, porém no mesmo ano houve um aumento considerável no crime de feminicídio, sen do este considerado de maior repúdio perante a população por se tratar de assassinato pela condição de ser mulher, muitas vezes no âmbito familiar e com extrema crueldade.

Ademais, insta salientar que, neste momento pandêmico que estamos vivendo, aumentou-se os casos de feminicídio, ficando ainda mais evidente o ódio em razão do gênero. Devido ao isolamento social, as mulheres ficaram mais expostas a agressões físicas, moral, psicológica e sexual.

CONCLUSÕES

Com base nos argumentos apresentados, o principal objetivo da lei do feminicídio é tentar reduzir as taxas de homicídio cometidos por razões da condição de sexo feminino no país. Os principais ganhos com a mencionada lei foi acabar com a invisibilidade do crime. Além de punições mais graves para os que cometerem o crime contra a vida das mulheres. A tipificação é vista por especialistas como uma oportunidade para dimensionar a violência contra as mulheres no País, quando ela chega ao desfecho extremo do assassinato, permitido, assim, o aprimoramento das políticas públicas para coibi-la e preveni-la.

REFERÊNCIAS:

Dossiê Violência Contra as Mulheres. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil (Flacso/OPAS-OMS/ONUMulheres/ SPM,2015)**. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/pesquisa/mapa-da-violencia-2015-homicidio-de-mulheres-no-brasil-flacsoopas-omsonu-mulheresspm-2015/>. Acesso em 11 ago. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Vol2. Editora Impetus. 2015.

JUSBRASIL.**Feminicídio – Comentários sobre a Lei nº 13104, de 9 de março de** 2015. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios- sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>. Acesso em 11 ago.2019.