

(Orgs)

Carlos Marcel Ferrari Lima Fernandes

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO

VOL.2



EXPERT
EDITORA DIGITAL

DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO

VOL.2

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 978-65-89904-87-8



9 786589 904878 >

 creative commons



EXPERT
EDITORA DIGITAL

DIREITO EM
TRANSFORMAÇÃO
VOL.2



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.

Dra. Amanda Flavio de Oliveira

Professora associada e membro do corpo permanente do PPGD da faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Dr. Francisco Satiro

Professor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP – Largo São Francisco

Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza

Professor da Universidad de Litoral (Argentina)

Dr. Henrique Viana Pereira

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas.

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Leonardo Gomes de Aquino

Professor do UniCEUB e do UniEuro, Brasília, DF.

Dr. Luciano Timm

Professor da Fundação Getúlio Vargas - FGVSP e ex Presidente da ABDE (Associação Brasileira de Direito e Economia)

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Dra. Renata C. Vieira Maia

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Professor Adjunto na PUC Minas e na Faculdade de Direito Milton Campos, vinculado ao Programa de Mestrado.

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

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 - 2022

1. Direito. 2 Sistema judiciário. 3. Atualidades 4. Brasil I. Título.

ISBN: 978-65-89904-87-8

CDD: 340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

SUMÁRIO

Desafios do discurso no século XXI: da anomia cibernética à repressão estatal.....	11
<i>Filipe de Mattos Azevedo</i>	
Poliamor: da realidade social familiar à necessidade de reconhecimento jurídico.....	37
<i>Lorraynne Santos de Paulo, Vânia Ágda de Oliveira Carvalho</i>	
Desmatamento e queimadas na Amazônia brasileira e seus principais impactos ambientais sob a narrativa da transdisciplinaridade	57
<i>Yuri Araújo Vilhena. Vânia Ágda de Oliveira Carvalho</i>	
Desconstituição da paternidade socioafetiva e a decisão do STJ proferida em sede de recurso especial nº 1.741.849	71
<i>Diana Alves de Lima Vieira Danielle Caroline Campelo Silva</i>	
Os direitos da personalidade da pessoa jurídica: uma análise da acepção doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro	91
<i>André Precci Gurgel Lopes</i>	
Juízo 100% digital em tempos de pandemia e revolução tecnológica: análise da resolução nº345 de 09/10/2020 e portaria conjunta nº 1088/pr/2020.....	109
<i>Eliege Cristina Assis</i>	
A insegurança jurídica e o direito eleitoral brasileiro	129
<i>Mickaelly Victtoria Silva Picoli Caetano</i>	
O direito administrativo brasileiro na linha de frente do combate à pandemia da COVID-19	147
<i>Josias Dias de Oliveira</i>	

Os impactos da implementação da tecnologia de inteligência artificial no cenário processual brasileiro	161
<i>Felipe Gomes Venâncio</i>	
A arte imitando a vida: série “You” da Netflix e a criminalização do <i>stalking</i>	181
<i>Vanessa Santos Rocha, Marcos Vinicius da Silva Paladini</i>	
A inserção do <i>marketing</i> jurídico e a aplicabilidade das regras de publicidade nas plataformas digitais	195
<i>Gelici Freitas Moreira</i>	
Filho concebido <i>post mortem</i> decorrente de inseminação artificial à luz do direito sucessório	207
<i>Vanessa Silva de Paula, Ana Beatriz Carbos Costa, Danielle Caroline Campelo Silva</i>	
O reconhecimento da indignidade ante à prática de ato infracional análogo a homicídio doloso e a decisão do STJ proferida em sede dos recursos especiais nº 1.938.984 e nº 1.943.848	227
<i>Ana Beatriz Carbos Costa, Vanessa Silva de Paula, Danielle Caroline Campelo Silva</i>	
A alienação parental na conjuntura jurídica brasileira e no contexto pandêmico.....	243
<i>Isabella Mussolini Souza, Danielle Caroline Campelo Silva, Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro</i>	
Tráfico de pessoas para fins sexuais e a ausência de dignidade humana ..	263
<i>João Carlos de Almeida Aragozo, Vânia Ágda de Oliveira Carvalho</i>	
Do reconhecimento da hora extra no teletrabalho quando da possibilidade de controle da jornada.....	279
<i>Maria Eduarda Ferreira Teixeira Meneguelli, Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro</i>	

O assédio sexual sofrido pela mulher no ambiente de trabalho.....	295
<i>Stephanie Vitória de Oliveira Bernardo, Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro</i>	
A guarda compartilhada como elemento inibidor da alienação parental	307
<i>Taitê dos Santos Silva, Danielle Caroline Campelo Silva</i>	
A pandemia do COVID-19 e a execução penal no brasil: a chaga da violação de direitos fundamentais	327
<i>Isaac Ives Oliveira, Eduardo de Assis Pinheiro</i>	
Limites ao poder de investigação do ministério público no ordenamento jurídico brasileiro	349
<i>Vinicius Rodrigues Vilela, Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro</i>	
Liberdade de expressão x discurso de ódio	363
<i>Robson Viana da Silva</i>	
Assédio moral no âmbito laboral	379
<i>Igor Gomes Pereira da Silva, Henrique Antônio Bezerra Tavares</i>	
Falsas memórias e o risco de contaminação das provas processuais penais	391
<i>Natália Alves Nascimento</i>	
O desacerto jurídico frente à progressão dos casos de feminicídio no Brasil.....	411
<i>Kássia Duarte Silva, Thayssa Navarro De Aquino Ribeiro</i>	
Descriminalização do aborto no Brasil como uma questão de saúde pública	427
<i>Anna Beatriz Freitas, Arthur Bastos</i>	
O direito internacional e a agressão russa à ucrânia.....	439
<i>Mickaelly Vittoria Silva Picoli Caetano</i>	

O sistema carcerário feminino e as presidiárias gestantes	457
<i>Maria Luiza Martins Ribeiro, Igor Euzébio de Faria, Stefanine Lacerda</i>	
A violência obstétrica, os direitos fundamentais da mulher e o plano de parto.....	479
<i>Ana Luiza Laviola do Amaral, Danielle Caroline Campelo Silva</i>	
<i>Stalking</i> : o crime de perseguição no Brasil.....	497
<i>Guilherme Ribeiro Neves, Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro</i>	
Legalização do abortamento no Brasil sob o enfoque da dignidade humana e da saúde pública.....	511
<i>Catrolí, Henrique Pinheiro; Freitas, Tamires Braga</i>	
As perspectivas do estudo do direito a moradia no âmbito do estado democrático de direito.....	529
<i>Gabriela Souza da Silva</i>	
O assédio moral e sexual sofrido pela mulher no ambiente de trabalho..	551
<i>Maria Mariana Soares de Souza, Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro</i>	
Análise da (im) possibilidade do instituto da usucapião de bens públicos.....	565
<i>Gustavo da Silva Peixoto</i>	

DESAFIOS DO DISCURSO NO SÉCULO XXI: DA ANOMIA CIBERNÉTICA À REPRESSÃO ESTATAL.

FREE SPEECH IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: FROM CYBERNETIC ANOMIE TO STATUTORY LAW.

Filipe de Mattos Azevedo

(1) Centro Universitário UNIFAMINAS (UNIFAMINAS). Muriaé - MG, Brasil.

RESUMO

O artigo objetiva apresentar um apanhado de discussões sociológicas e legais que afetaram, de alguma forma, a evolução e o entendimento do discurso e seus limites. A tecnologia trouxe ao debate diversas implicações jamais pensadas pelos autores primevos. Dar-se-á, portanto, enfoque na influência exercida pela internet tanto diretamente ao discurso, quanto na criação da mentalidade das sociedades modernas. A análise revela-se urgente, haja vista que usuários de internet e as próprias plataformas digitais por eles usadas provam-se, a cada dia, ferramentas úteis e capazes de, inclusive, alterar eleições e derrubar governos. Necessário, então, ponderar solução que respeite a liberdade do discurso e os direitos fundamentais da pessoa humana, ao mesmo tempo que proteja as estruturas democráticas do estado de direito.

Palavras-chave: Discurso; internet; plataformas.

ABSTRACT

The article's aim is to present sociological and legal questions that surrounds the evolution and understanding of freedom of speech and its limits. Technology was responsible for new implications impossible to be perceived for older writers. These implications will be, therefore, *raison d'être* of this work. The analysis unveils as urgent, since internet users and digital platforms are both proven to

be utile weapons to subvert elections and even disrupt governments. It's needed, therefore, to weigh solutions capable to protect the state's democratic structures and the rule of law, while respecting freedom of speech and human rights.

Key-words: Freedom of speech; internet; platforms.

INTRODUÇÃO

Escrever em poucas páginas sobre assunto complexo e intrincado como a liberdade de expressão não é tarefa das mais simples. A importância, todavia, é patente, figurando-se necessário que o desafio seja enfrentado.

Longe de definições como a famosa expressão “inconstitucionalidade chapada” (Supremo Tribunal Federal, 2007) - quando a inconstitucionalidade de determinado ato normativo é por demais óbvia - a discussão sobre a liberdade de expressão é recheada de nuances e complicações.

Por conta disso, o objetivo deste texto não será esgotar todos os aspectos possíveis do debate. Um debate filosófico, v.g., sobre a liberdade de expressão seria digno de inteiras bibliotecas. Atento a essa realidade, trará o autor novos pontos ao debate, que, hodiernamente, sofrem negligenciamento na esfera acadêmica.

A contextualização do assunto apresentado ao leitor será feita pela explanação dos modelos de controle da liberdade de expressão na internet e na imprensa adotados nos três países que despontam como líderes no debate internacional sobre a questão, a saber, Alemanha, Estados Unidos e Brasil.

Em meio à necessária contextualização, críticas, *en passant*, serão tecidas, possibilitando ao leitor entender, ao longo do texto, a visão esposada pelo autor. As possíveis soluções às falhas dos modelos vigentes serão propostas em consideração às novas alternativas ensejadas pelos avanços tecnológicos e jurídicos do novo século.

1. A VISÃO LIBERTADORA DE MADISON E O MODELO AMERICANO

Seguido às críticas do movimento antifederalista americano, foi criada, em 1789, a Declaração dos Direitos dos Estados Unidos, composta por 10 emendas à constituição do país. Dentre elas, a emenda que inspirou o povo livre de todo o Mundo em sua luta contra a tirania, haja vista sua clara inspiração iluminista. A primeira emenda americana dispõe que o congresso “não deve fazer leis a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo seu livre exercício; ou que reduzam a liberdade de discurso, ou da imprensa; ou o direito de que pessoas pacificamente se juntem e peticionem ao governo pela reparação de infortúnios” (Estados Unidos da América, 1791).

Além disso a seção 230 do ato de decência nas comunicações criou o baluarte da liberdade de expressão na internet: “Nenhum provedor ou usuário de um serviço de computador interativo deve ser tratado como o editor ou orador de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informações” (Estados Unidos da América, 1996). Esse texto é entendido, nos EEUU, como responsável pelo crescimento da internet e seu espaço para discussão de ideias.

Em julgamento do caso *Terminiello v. Chicago* (1949), ficou assentado pela Suprema Corte Americana que “O discurso, muitas vezes, é provocativo e desafiador. Pode atacar preconceitos e concepções, e ter efeitos profundamente perturbadores à medida que pressiona pela aceitação de uma ideia. É por isso que a liberdade de expressão. . . é . . . protegida contra censura ou punição, a menos que se mostre suscetível de apresentar um perigo claro e presente de um grave mal que se eleva muito acima dos inconvenientes, aborrecimentos ou distúrbios do público” (Suprema Corte dos Estados Unidos, 1949).

Essa possível censura citada pela Suprema Corte, porém, fica restrita a casos como aquele do julgamento *Chaplinsky v. New Hampshire*, “Existem certas classes de expressão bem definidas e estritamente limitadas, cuja prevenção e punição nunca foram

consideradas como suscitando problemas constitucionais. Isso inclui as palavras lascivas e obscenas, profanas, difamatórias e ofensivas ou “combatentes”, aquelas que por sua própria expressão causam danos ou tendem a incitar uma violação imediata da paz. Observou-se bem que tais enunciados não são parte essencial de nenhuma exposição de ideias e têm um valor social tão leve, como um passo para a verdade, que qualquer benefício que possa ser derivado deles é claramente superado pelo interesse social em ordem e moralidade” (Suprema Corte dos Estados Unidos, 1942).

Nota-se, portanto, a preocupação da Corte americana em excluir o discurso ideológico da seara das proibições. Aceita certa margem de limitação ao discurso apenas quando esse não tenha cunho político ou social, proferido puramente como veículo de incitação à violência ou para chocar a sociedade.

A visão jurídica americana sobre a liberdade de expressão é a mais liberal do Mundo, não existindo, inclusive, proibição a discursos racistas, fascistas ou de cunho antisemita. A mentalidade do país é de que, sendo imprescindível para as demais garantias constitucionais, o discurso não pode sofrer restrições, mesmo para garantir a dignidade de grupos de minoria. Em um sistema legal que confia grande parte de sua coerência ao instituto *stare decisis*, obsta-se a redação de precedentes que limitem a liberdade de expressão.

Os EEUU serão, ainda neste artigo, citados como exemplo de superação do ódio pela sua característica - peculiar - de permitir que o ódio seja propagado. Este é apenas um dos variados argumentos possíveis em defesa da liberdade de expressão irrestrita nos moldes americanos.

2. AVANÇO LEGAL CONTRA O DISCURSO, A LEI ALEMÃ

Inovando no âmbito legal, a Alemanha foi responsável pela controversa “*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*” (NetzDG), a lei sobre a melhoria de aplicação da lei nas redes sociais. Duramente criticada por especialistas; pelo representante da proteção da liberdade de

expressão da ONU; por companhias do ramo digital; dentre outras. Foi criada para regular o fluxo de informações nas redes sociais. O objetivo precípua seria regular as chamadas “*fake news*” e o discurso de ódio na internet.

A lei se aplica a todos os provedores, com finalidade lucrativa, de serviços de telecomunicação destinados a permitir que usuários compartilhem conteúdo com outros usuários ou ao público em geral. As redes sociais com menos de 2 milhões de usuários (domesticamente) são isentas de algumas responsabilidades legais, por conta disso a lei passou a ser conhecida como lei do Facebook (haja vista alcançar apenas grandes companhias).

Lex lata, a primeira medida adotada foi a obrigatoriedade de que os provedores que, no ano civil, receberem mais de 100 reclamações sobre conteúdos ilícitos, produzam um relatório em língua alemã a respeito das medidas adotadas em relação às reclamações recebidas. Para a lei, são considerados ilícitos, v.g., disseminação de propaganda de organização inconstitucional; uso de símbolos de organizações inconstitucionais; vilipêndio de confissões e religiões, dentre outros.

O dispositivo rege ainda o conteúdo do relatório exigido. Citam-se, para não se tornar prolixo, os pontos que interessam à questão debatida neste artigo: considerações gerais sobre os esforços do provedor para prevenir atos criminosos nas plataformas; apresentação dos mecanismos de submissão de reclamação de conteúdos ilícitos e ainda o critério de decisão para eliminação ou bloqueio do conteúdo ilegal; número de reclamações submetidas à consulta de entidade externa no processo decisório; o tempo entre o recebimento da reclamação e o cancelamento ou bloqueio do conteúdo.

O provedor fica ainda responsável por bloquear conteúdo patentemente ilegal dentro de 24 horas após o recebimento da reclamação, e a retirar, rapidamente, todo conteúdo ilícito, em regra, dentro de sete dias após o recebimento da reclamação (Alemanha, 2017).

A chamada NetzDG implica penas que podem chegar até 50 milhões de euros para empresas que deixem de remover o conteúdo

dentro das 24 horas previstas. Fica claro, portanto, que a tendência das empresas será excluir sem antes analisar, intimidadas pela vultuosa multa que potencialmente será imposta.

Corroborando o pensamento esposado pelo autor deste artigo, lê-se no relatório produzido por David Kaye, relator especial para a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão das Nações Unidas: “O risco parece ainda mais alto, considerando os períodos exíguos de 24 horas e 7 dias nos quais as redes sociais devem avaliar e remover o conteúdo violador de lei doméstica. Os prazos curtos, juntamente com as penalidades severas mencionadas acima, podem levar as redes sociais a “super-regular” a expressão - em particular, a excluir expressões legítimas, não suscetíveis a restrições sob a lei de direitos humanos, como precaução para evitar penalidades. Essa censura preventiva interferiria no direito de procurar, receber e transmitir informações de todos os tipos na internet” (2017).

De acordo com dados fornecidos pela Google (2019) cerca de 25% das reclamações por discurso de ódio e extremismo político são excluídas pela plataforma, mais de 95% das vezes a remoção é feita em menos de 24 horas.

Atente-se o leitor para a chamada “Janela de Overton” - teoria criada por Joseph P. Overton que enquadra o discurso em ideias toleradas pelo público em determinada época e discursos não toleráveis, classificados como radicalismo. A teoria tem demonstrado incrível pertinência na sociedade atual. Pensamentos que há 20 anos eram tolerados, hoje são considerados discursos de ódio, graças, principalmente, à alienação midiática da grande massa populacional, repetidamente manobrada a conformar seu pensamento com aquele visto nos programas da televisão. (Herman; Chomsky, 2003)

Deve-se atentar, portanto, a essa nuance, haja vista que a tendência mundial é tornar o discurso cada vez mais “politicamente correto”, excluindo vasta gama de expressões políticas do ramo do aceitável (Zizek, 2007). A contínua diminuição do discurso considerado tolerado e a aparente “presteza” das grandes empresas digitais em censurar o discurso político, - como constatado pelos dados fornecidos

pela Google quando da exclusão de “discurso de ódio” - faz com que o cenário se torne preocupante.

A lei alemã, já exacerbadamente carregada de limitações ao discurso, - v.g., na Alemanha há proibição do negacionismo do Holocausto - inovou ao proibir o antes relativamente livre espaço virtual, apertando o cerco ainda mais aos “crimes de pensamento”, este avanço só pode ser reputado como negativo, em vista do declínio causado aos direitos fundamentais.

3. O MODELO TEMPERADO BRASILEIRO, O MARCO CIVIL DA INTERNET:

No Brasil a liberdade de expressão é direito constitucionalmente garantido, dispondo a lei máxima no art. 5º, Inc. IV e IX ser livre “a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (Brasil, 1988); e “a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (Brasil, 1988).

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana foi insculpida como fundamento da República. Possível, portanto, que o princípio da liberdade de expressão possa ceder quando defrontado de outros princípios e fundamentos constitucionais, como a já citada dignidade da pessoa humana. Leis, então, foram criadas para criminalizar, v.g., o racismo - decorre de expressa previsão constitucional: “art. 5º XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (Brasil, 1988) - a calúnia, a difamação e a injúria. Todas elas, de alguma forma, impedem o direito livre do exercício da expressão.

Conforme visto, o Brasil adotou modelo constitucionalmente afeto àquele encontrado na Alemanha, onde a liberdade de expressão é garantida com reservas legais. A diferença se encontra no plano infraconstitucional, haja vista o modelo de conformação legal concernente à internet.

Ante a preocupação com os desdobramentos tecnológicos, promulgou-se a lei do marco civil da internet, que regulou a relação e o âmbito de ação dos provedores de internet no país. O Brasil passou a ser regido por lei temperada, que, adotando princípios emprestados do direito americano e do direito alemão, criou um meio termo entre um e outro.

Em seu art. 18, a lei 12.965 (Brasil, 2014) dispõe que os provedores não serão responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros. Esse regulamento foi claramente trazido do direito americano, o já citado ato de decência nas comunicações foi pioneiro nesse tipo de (i)responsabilidade.

O art. 19 da referida lei (Brasil, 2014), porém, limita o escopo dessa imunidade. De acordo com o regramento, o provedor de aplicações de internet poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. Adota, neste quesito, uma forma mais branda de regulação que aquela imposta pela NetzDG. Enquanto a lei alemã deixa a decisão ao alvedrio dos próprios provedores, o marco civil da internet delega a função ao poder judiciário, criando maior segurança no processo de limitação do discurso.

O texto legal derrotou entendimento jurisprudencial amplamente aceito no Brasil. O STJ decidia pela aplicação de regramento correlato àquele aceito no modelo alemão, dando às provedoras o prazo de 24 horas para retirada do conteúdo considerado ilegal (Superior Tribunal de Justiça, 2012). Após a entrada em vigor da nova lei, o entendimento foi, inexoravelmente, modificado (Superior Tribunal de Justiça, 2017), uniformizando lei e jurisprudência quanto ao requisito da interpelação judicial como condição de responsabilização das provedoras.

Aguarda julgamento, até o presente momento, o Recurso Extraordinário 1.037.396. Versa o referido recurso sobre a constitucionalidade do art. 19/12.965, cuja repercussão geral foi

conhecida nos seguintes termos: “A par disso, a discussão em pauta resvala em uma série de princípios constitucionalmente protegidos, contrapondo a dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos da personalidade à liberdade de expressão, à livre manifestação do pensamento, ao livre acesso à informação e à reserva de jurisdição” (Supremo Tribunal Federal, 2017).

Em entrevista sobre a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil, Carlos Affonso de Souza, considerado o responsável pelo texto legal, aclara relevantes questões: “O que está em risco caso o artigo 19 seja considerado inconstitucional? O que está em risco é a liberdade de expressão na internet brasileira, que sofreria a restrição natural derivada da insegurança jurídica relacionada ao regime de responsabilização das mais diversas plataformas. Está em risco o modelo de operação não apenas das grandes empresas de tecnologia, como Facebook e Google, mas também uma série de outros modelos. Entre eles: Wikipédia, sites de reclamação de consumidor, e plataformas de jornalismo comunitário. Todos seriam fortemente atingidos com o desaparecimento do artigo 19.” “O efeito de censura em pequenos sites jornalísticos parece ser bem claro. As restrições também poderiam afetar os grandes veículos? Sim, pois em suas versões digitais há conteúdos de terceiros que podem aparecer dos mais diferentes jeitos. Por exemplo, os comentários nas notícias. Ou o Google poderia derrubar material noticioso de suas buscas. O problema disso é a insegurança jurídica. O caso do ‘Baby Yoda’, que aconteceu recentemente ilustra isso. A plataforma Giphy resolveu banir de sua plataforma os gifs do Baby Yoda, que apareceu no final da série *Mandalorian*, da Disney+. A Giphy não fez isso porque foi notificada judicialmente, e sim porque ficou com medo de processos pelos gifs que os usuários estavam fazendo do personagem. Esse é o típico efeito de um cenário de insegurança jurídica: as plataformas não sabem qual é a melhor solução. Na dúvida, é melhor remover. Isso vale para gifs, mas afeta qualquer tipo de conteúdo” (2019).

O Marco Civil da internet foi responsável por necessário avanço na seara jurídica brasileira.

4. HC 82424, O CASO ELLWANGER CASTAN E A JURISPRUDÊNCIA DO MEDO

O julgamento do Habeas Corpus 82.424 traz decisão indelével na história do egrégio Supremo Tribunal Federal. O referido julgamento contou com votos memoráveis, v.g., dos excelentíssimos senhores ministros Marco Aurélio de Mello e Carlos Ayres Britto. Classifica-se os votos como memoráveis pela densidade em argumentação constitucional sobre assunto, até então, não debatido profundamente na Corte Maior do país.

Siegfried Ellwanger Castan foi escritor e editor de livros de história no Rio Grande do Sul. Castan fundou a chamada Editora Revisão, objetivando apresentar nova visão de fatos aceitos como verdade incontestável no sistema educacional e na historiografia oficial. Filiava-se, portanto, à corrente histórica chamada de revisionismo.

Ocorre que, por conta de opiniões e posições históricas controversas e amplamente desconsideradas pela maioria dos historiadores – v.g., defendia o autor a inexistência do holocausto – formou-se debate se a exposição de ideias de Castan era protegida pelo direito constitucional à liberdade de expressão ou se se amoldava ao crime de racismo.

Denunciado e absolvido em primeira instância pela prática de racismo contra judeus, - por conta de seu negacionismo ao Holocausto - recursos do Ministério Público findaram pela condenação do autor. Durante o curso do processo, chegou à competência do Supremo Tribunal o julgamento do citado Habeas Corpus.

A acusação se baseava no fato que S.E. Castan teria escrito e publicado livros com conteúdo antissemita, como o de sua própria autoria, “Holocausto, judeu ou alemão?”. Foi responsável ainda pela publicação de outros autores como Gustavo Barroso, Robert Faurisson, Louis Marschalko, Henry Ford e Adolf Hitler.

O julgamento de Castan, no entanto, foi – como já seria de se esperar, em vista do peso da futura decisão - em alguns capítulos,

alienado pelo campo político. Diversas eram as instituições que acompanhavam e influenciavam, de alguma maneira, o julgamento do escritor, acentuando a disparidade de armas entre aqueles que o acusavam e os que o defendiam. (Castan, 2004)

Carlos Lafer e o rabino Henry Sobel - inimigo pessoal de Castan - foram figuras ativas no julgamento do escritor. Marcantemente, o voto do excelentíssimo senhor Ministro Maurício Corrêa, haja vista a forma tão patente de repetição de parecer, foi alvo de críticas do Ministro Moreira Alves: “O certo é que o Ilustre Ministro Maurício Corrêa, em seu voto; praticamente segue linha a de fundamentação do parecer de meu prezado colega de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o professor Carlos Lafer” (Supremo Tribunal Federal, 2003).

O Ministro Maurício Corrêa percorreu caminho sinuoso frente à segurança jurídica, afirmando, como se biólogo fosse, a inexistência de diferenciação genética e, conseqüente impossibilidade de classificação científica da espécie humana em diferentes raças. Tal opinião não era sedimentada à época, porém, nem mesmo existindo quando da denúncia contra o autor. Procedeu assim o Ministro com fito de desbaratar a argumentação da defesa de que, não constituindo judeus uma raça, não incidiria contra eles o crime de racismo (Supremo Tribunal Federal, 2003).

O Ministro Moreira Alves, em sua exposição, se dedicou a desconstruir o argumento defendido pelo Ministro Maurício Corrêa. Em detida análise, o Ministro discorreu sobre a impossibilidade de atribuir conceito aberto à crime de tamanha gravidade, sendo, inclusive, imprescritível.

De acordo com o ministro, discussões sociológicas e científicas produzidas após a constituinte não deveriam ser aceitas quando da interpretação do conceito de racismo. Assentou, ainda, que quando da promulgação da carta, a intenção do constituinte originário era abranger de forma geral o que se conhece como raça, isso é, entre negros, amarelos e vermelhos. Apresentou análise dos deputados constituintes quanto à abrangência do termo racismo, mostrando que a preocupação precípua seria impedir a prática discriminatória contra

os negros, haja vista o histórico escravagista do Brasil (Supremo Tribunal Federal, 2003).

O Ministro deteve seu voto na tipificação da conduta do paciente, condenando, inclusive, que se expandisse o conceito de racismo para que Castan fosse considerado culpado pelo crime em questão, haja vista que, se desclassificado o fato para outro tipo penal, seria declarada a prescrição da conduta do paciente. Não adentrou, é verdade, no mérito das discussões sobre a liberdade de expressão, mas a análise histórica da vontade do constituinte auxilia na construção do significado do termo racismo, sendo, portanto, interessante que seja citado.

O Ministro Carlos Ayres Britto proferiu voto abordando as facetas constitucionais da liberdade de expressão. Após, também, fazer análise sobre a amplitude de significado da palavra racismo, passou à análise do binômio liberdade de expressão/responsabilização por agravo.

Na visão do eminente Ministro, a liberdade de expressão deveria ser encarada como direito absoluto, jamais podendo sofrer limitações. O direito, porém, seria exaurido quando do emitir da opinião, não obstante, por isso, possíveis responsabilizações civis ou penais. Para o Ministro seria necessário situar dois planos distintos. A necessidade de se garantir, sem amarras, a liberdade de expressão, e a garantia de resposta jurisdicional aos resultados do exercício dessa liberdade (Supremo Tribunal Federal, 2003).

Não obstante, vê no art. 5º inc.VIII: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (Brasil, 1988)” uma cláusula de exclusão da abusividade. A constituição, na visão do ministro, elevou ainda mais a garantia da liberdade de expressão praticada em tais contextos, haja vista serem os direitos mais caros à humanidade, i.e, o direito de transcender, universalizar e funcionalizar sua própria existência (Supremo Tribunal Federal, 2003).

A liberdade, portanto, no âmbito da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, com objetivos filosóficos,

políticos e religiosos seria beneficiária de dupla tutela constitucional, elevando seu peso quando da análise da proporcionalidade entre liberdade de expressão e responsabilização por seu exercício.

No fim de seu voto, o Ministro Ayres Britto analisa a subsunção fato-norma da conduta do paciente. Iniciando a análise, identificou a vocação histórica da obra escrita por Siegfried Ellwanger, citando o autor em sua exposição inicial.

Entendeu o Ministro ter sido utilizada fundamentação e rigor científico necessários dos que objetivam criar uma nova concepção histórica, não um panfleto inflamatório do ódio entre os povos. Identificou ainda que o paciente rechaçava visões totalitárias e discriminatórias, haja vista imputar tais condutas àquele que considerava inimigo dos povos livres, o movimento sionista. Afastou a incidência da hipótese de pretensa inferioridade racial judaica proferida por Siegfried, pois que este identificava, na verdade, os judeus sionistas como àqueles que formam a elite que maquina e controla o resto das nações (Supremo Tribunal Federal, 2003).

Quanto às acusações sobre vendas de livros, afastou também incidir fato típico em tal conduta, não podendo as ideias de os livros publicados serem imputadas aos editores - pode o leitor atento perceber, mais uma vez, a influência da ideia contida no ato de decência das comunicações. Citou o ministro, inclusive, que os livros eram de comercialização mundial, de autores aclamados e conhecidos, como Henry Ford - fundador da fabricante de carros que carrega seu nome - e Gustavo Barroso - ilustre cearense eleito por duas vezes à presidência da Academia Brasileira de Letras (Supremo Tribunal Federal, 2003).

Alfim, expõe-se o conteúdo do voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio. Após analisar as formas de garantia da liberdade de expressão em diversos documentos de diferentes épocas, e citar exemplos históricos de censura imposta aos povos, o Ministro delineou a questão a ser debatida, “Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela

alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela” (Supremo Tribunal Federal, 2003).

Da análise dos sustentáculos do estado democrático de direito, o Ministro Marco Aurélio, assim como outros autores citados em seu voto, chegou à conclusão de ser a liberdade de expressão um dos direitos mais caros à democracia, “À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou majoritário” (Supremo Tribunal Federal, 2003).

Restou ainda assentado importante colocação: “A única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido” (Supremo Tribunal Federal, 2003).

De fato, mostra-se desproporcional, em qualquer hipótese, a vedação de ideias políticas vinculadas por meio de livros, haja vista seu baixo potencial de lesividade a outros direitos.

Raciocina-se: em um livro - como no caso concreto do Habeas Corpus - sem existência de incitação direta a cometimento de crimes ou incitação direta ao ódio racial, mas apenas ideias históricas minoritárias e controversas, não seria mais correta a exegese que impusesse criação de precedente de censura a direito fundamental.

Ademais, haja vista o fato do ser humano individualizado ser a menor minoria possível - como defendido nos trabalhos de Ayn Rand - não se justifica a intromissão estatal. Com seu amplíssimo escopo punitivo, o estado não deve interferir no processo daquilo que pode ou não ser exteriorizado por ideias, sob pena de arriscar a deterioração de todas as liberdades.

Enfim, após a rejeição do citado Habeas Corpus, consagrou-se na jurisprudência brasileira o “crime de opinião”, e, conseqüentemente, o chamado *chilling effect* essa consequência foi prevista pelo Eminent Ministro Marco Aurélio: “Pode-se, perfeitamente, trazer a teoria do

simbolismo para o âmbito desta suprema corte. Mais especificamente, para o caso em questão. É que o Tribunal, à medida que venha a relativizar a garantia da liberdade de expressão, enquadrando como manifestação racista o livro de autoria do paciente, bem como as publicações de que fora editor, terminará por praticar função simbólica, implementando uma imagem politicamente correta perante a sociedade. Estaríamos, então, diante de uma hipótese de “jurisprudência simbólica”, sobressaindo a defesa do pensamento antinazista quando em jogo se faz, isto sim, a liberdade de expressão, de pensamento, alfim, de opinião” (Supremo Tribunal Federal, 2003).

Relegar às masmorras um sujeito de direitos pelo “crime” de esposar opinião divergente é o passo mais profundo ao caminho da tirania. Termina-se por citar o Eminentíssimo Ministro: “Não são os campos de extermínio que estão em julgamento neste Habeas. (...) O que está em jogo é a possibilidade de o paciente manifestar o ponto de vista próprio e alheio por meio de livro, ainda que de forma não condizente com o pensamento que se espera do homem médio...” (Supremo Tribunal Federal, 2003).

5. DO ASPECTO POSITIVO DAS NOTÍCIAS FALSAS

Muito se discute sobre o caráter, em absoluto, negativo das *fake news*. O debate, porém, é regado de imediatismo imponderado. Aproveitando-se da boa-fé que o povo lhe reputa, muitas instituições, visando a censura, tomam a discussão parcialmente, tornando-a unilateral (Greenwald; Borges, 2018). Há de se quebrar essa visão, não obstante.

Apesar do claro viés negativo das *fake news* – a desinformação causada na população – pode-se vislumbrar resultados positivos advindos dessas condutas. Após a onda de notícias falsas que assolou o mundo durante a realização das eleições americana e brasileira, diversas ferramentas de combate às *fake news* foram criadas.

O meio de comunicação com maior alcance no presente momento, o Facebook, foi pioneiro na criação de mecanismo de contraposição às

notícias falsas em sua plataforma, criando, inclusive, projetos globais em conjunto com outros órgãos da sociedade: “*News Integrity Initiative*: Estamos nos juntando a um grupo de 25 financiadores e participantes - incluindo líderes da indústria de tecnologia, instituições acadêmicas, organizações sem fins lucrativos e organizações de terceiros - para lançar a *News Integrity Initiative*, um consórcio global focado em ajudar as pessoas a fazer julgamentos informados sobre as notícias que eles leem e compartilham online. Os fundadores deste fundo de US \$ 14 milhões incluem o Facebook, o Craig Newmark Philanthropic Fund, a Ford Foundation, o Democracy Fund, a John S. e a James L. Knight Foundation, a Tow Foundation, AppNexus, Mozilla e Betaworks. A missão da iniciativa é promover a alfabetização, aumentar a confiança no jornalismo em todo o mundo e informar melhor a conversa pública. A iniciativa, financiada pela Escola de Jornalismo CUNY, visa financiar pesquisas e projetos e convocar reuniões com especialistas do setor” (2017).

O Instagram, seguindo os passos da gigante digital, instituiu sistema de ‘*flagging*’ em suas postagens. Sendo determinado ‘*post*’ indicado pelos usuários como conteúdo falso, redatores independentes especializados no combate às *fake news* são acionados para que chequem a veracidade do conteúdo, que, caso falso, conterà um aviso de notícia falsa, com parecer produzido pelos redatores sobre os motivos da classificação da postagem como falsa.

No âmbito civil, identifica-se o importante projeto liderado por James O’Keefe, chamado de Projeto Veritas. De acordo com o fundador do projeto, o objetivo da organização é: “Investigar e expor corrupção, desonestidade, ‘*self-dealing*’ (conduta de pessoa que usa de sua posição em uma organização para benefício próprio), desperdício, fraude e outras más condutas em instituições públicas e privadas, a fim de alcançar uma sociedade mais ética e transparente” (2019).

O projeto Veritas gerou grande atenção na mídia internacional, expondo, por meio dos chamados “*whistleblowers*”, diversos esquemas de fraude de notícias e favorecimento político nos grandes conglomerados de mídia americana.

Pode ser observado um grande movimento internacional de combate às notícias falsas, engajando vastos setores da sociedade. Além disso, graças a amplitude de meios de obter informações, o próprio leitor torna-se cada vez mais consciente e responsável no tratamento da notícia repassada e recebida. A pesquisa em outras fontes tem se tornado mister entre a população. (R7, 2020)

6. DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA.

De conhecimento geral, o ambiente anômico da internet é adverso à imposição de limites externos, o que dificulta o combate ao cometimento de crimes e a divulgação de notícias falsas. Constatando-se esse fato, e o já explicitado avanço identificado na sociedade civil, pugna-se pela implementação da chamada autorregulação regulada.

Na autorregulação regulada em âmbito virtual, os próprios usuários seriam os responsáveis por combater a divulgação de conteúdos de cunho falso, que objetivam ludibriar outros usuários. O modelo já vem sendo implementado com sucesso pelas plataformas jornalísticas, pelos provedores de internet e pelos usuários que navegam pelas mídias sociais.

O modelo foi responsável por estrondoso sucesso na evolução da tolerância na esfera social americana. A história do país, marcada pela ignóbil mancha da escravidão e do preconceito racial, tornaram-no, durante muito tempo, exemplo negativo para o mundo.

Após o período escravagista, os negros americanos continuaram a ser perseguidos por movimentos como a Ku Klux Klan e o partido nazista americano. Além disso, sofriram discriminação racial emanada pelo próprio governo, como no caso das leis raciais de Jim Crow, que instituíram o período de segregação racial americana, revogadas apenas na década de 60 pelo presidente John Kennedy.

Apesar do cenário desanimador, a sociedade americana goza do já citado direito irrestrito à liberdade de expressão. No amplo exercício desse direito identificou-se não um avanço da perseguição às minorias, mas sua representação em diversas esferas do poder decisório na

América. O maior exemplo a ser citado foi a eleição do primeiro negro presidente da história do país, Barack Obama, e a indicação de Hillary Clinton como candidata à presidência pelo Partido Democrata, um dos mais importante do país. Além disso, reforça o argumento a eleição de jovens representantes de origem estrangeira ao congresso, como Ilhan Omar e Ocasio Cortez.

Enquanto isso, movimentos como a Ku Klux Klan, hoje, não passam de uma vergonha do passado, haja vista perderem cada dia mais adeptos, no limiar da extinção.

Percebe-se, então, que o desenvolvimento livre da sociedade foi capaz de resolver problemas que a eles concerniam. É o motivo que leva este autor a pugnar pela aplicação do mesmo modelo na internet. Os próprios usuários passam a ser protagonistas dos ambientes que convivem. Sem intromissão estatal, baixando leis que limitem a exposição do discurso online, o prospecto só pode ser positivo.

O papel do estado, neste modelo, seria voltado à sanção das empresas provedoras de internet e das mídias sociais, não dos usuários. Garantiria o estado que os grandes conglomerados respeitassem o modelo da autorregulação regulada a partir da criação de mecanismos que impedissem a exclusão de qualquer tipo de discurso político, filosófico ou religioso de suas plataformas.

Esta medida é de vital importância, haja vista que as empresas de mídias sociais são, constantemente, acusadas de parcialidade quando da exclusão de conteúdo considerado político e religioso. Muitas delas foram, inclusive, expostas pelo Projeto Veritas.

Importante lembrar ao leitor, as plataformas virtuais gozam do privilégio da não-responsabilização por conteúdo de terceiros. Isso ocorre, porém, exatamente por conta de sua imparcialidade, caso esta seja transgredida, perde o sentido de ser o beneplácito governamental concedido as plataformas digitais.

Explica-se, a partir do momento que uma plataforma digital passa à atividade de censora política dos discursos ali proferidos, segue-se que corroboram com o discurso exposto, pois por ela tolerado.

Não há problema, obviamente, na existência de empresas privadas com diretrizes politicamente direcionadas. O modelo é seguido com sucesso no setor de telecomunicações americano. Porém, a partir do momento em que certo conteúdo é permitido, enquanto outros não, por uma empresa que, em tese, deveria permitir a disseminação ampla, necessário que seja responsabilizada pelas consequências advindas dessa escolha. O estado não pode, legislando, acobertar situações como essa.

A lei também não pode ser usada para permitir que empresas privadas se imiscuam na tarefa de decidir que tipo de discurso é tolerado. Essa medida interventiva na esfera da liberdade das empresas é justificada pelo caráter imprescindível da divulgação do discurso pela internet. Além da facilidade da propagação das ideias, é a internet o maior meio de massa existente. O abuso privado frente o respeito aos direitos fundamentais chega a extremos como a recusa de grandes cadeias de comércio que monopolizam o mercado - como a Amazon - a, inclusive, venderem livros considerados propagadores do discurso de ódio.

Pode-se dizer que, hoje, vetar certo discurso de ser proferido na internet é vetar sua própria existência no mundo. A tarefa de garantidor de direitos não pode ser delegada, pelo estado, aos partícipes da iniciativa privada, haja vista a prevalência do interesse geral da sociedade, que só pode ser realizado pela imparcial ação estatal.

7. QUOD OMNES TANGIT AB OMNIBUS TRACTARI DEBET

De acordo com antigo brocardo latino, aquilo que a todos interessa deve ser discutido e deliberado por todos. O imbróglio internacional criado por figuras como os responsáveis pelo WikiLeaks é, possivelmente, a melhor exemplificação do brocardo. De acordo com Julian Assange, criador da iniciativa, o WikiLeaks é definido como: “Uma gigante livraria dos documentos mais perseguidos do mundo.

Nós damos asilo a esses documentos, analisamos, promovemos e obtemos mais” (2015).

No ano de 2019, uma verdadeira crise diplomática mundial desenhou-se por conta de Julian Assange. Sua extradição era requerida por nações como EEUU, Inglaterra, Suécia, enquanto outras nações pugnavam pela continuidade do asilo político a ele concedido pela Colômbia. O cenário foi possível graças à falta de regulação internacional para lidar com a situação, sem precedentes na história humana, em que um homem foi capaz de abalar as estruturas dos países mais poderosos do mundo.

Julian Assange é um ativista pela liberdade de expressão, e, ao divulgar documentos de interesse público, foi perseguido internacionalmente por seus atos, mesmo que não tenha cometido as invasões aos arquivos secretos, apenas divulgando-os.

Em uma sociedade plural, situação como essa possa florescer. Um ato gerador de privilégio global não pode ser considerado criminoso. Adiciona-se, Assange foi mero veículo para divulgação dos documentos. A perseguição que sofre, claramente, ocorreu por conta de “crime de pensamento”. A situação mostrou, inequivocamente, que no ambiente internacional da internet, leis regionais causam disputas diplomáticas para perseguição criminal, algo não desejável.

Conceituado o problema, o que se pressupõe como solução?

Em um ocidente dito democrático, não se pode admitir que atos criminosos perpetrados pelo governo sejam por ele mesmo censurados. Pouco importa defender a democracia em Hong Kong enquanto que no próprio país o mesmo tipo de protesto seria considerado criminoso.

Tendo em mente essa situação, reputa-se necessário a adoção de um sistema internacional por meio de tratado, assinado por todas as nações democráticas, criando, na internet, espaço livre para a divulgação do discurso político e dos atos criminosos perpetrados por governos autoritários.

Dessarte, além de resolvida a questão em si da liberdade de expressão, a segurança jurídica seria alcançada pela delimitação por

tratado da competência de cada país na perseguição criminal e na garantia de direitos.

A Internet deve ser tratada pelo que é, um ambiente plural e internacional, onde uma opinião emitida no agreste nordestino pode influenciar nos rumos da política internacional. Logo, a adoção de sistemas supranacionais que garantam o funcionamento do discurso na internet é urgentemente necessária, assegurando a autodeterminação dos povos oprimidos do mundo, “Todos têm direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de manter opiniões sem interferência e de buscar, receber e transmitir informações e ideias através de qualquer mídia e independentemente de fronteiras” (Organização das Nações Unidas, 1948).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A argumentação desenvolvida no artigo, obviamente, não esgota o debate sobre a liberdade de expressão, nem é esse seu motivo de ser. Buscou-se, porém, apresentar novas hipóteses aos leitores que, hoje, são relegadas ao limbo.

Há, atualmente, forte movimento de censura ao discurso no mundo. Esse movimento engana, sub-repticiamente, os incautos. Sob as vestes da tolerância racial e da luta contra o preconceito, leis e decisões de tribunais capazes de destruir o mundo livre são recebidas com calorosos aplausos pela população. Fique o leitor atento a importância de buscar a fundo os motivos que levam a concretização de entendimentos que restringem o discurso independente.

Em vista do que foi desenvolvido, pontos principais podem ser observados. Como base de qualquer sociedade livre - tendo o exemplo de um dos poucos países ocidentais nunca assolado pelo jugo cruel de ditaduras (EUA) - é essencial que seja incutido na sociedade a ideia da necessidade da liberdade desvigiada do discurso, valorizando a responsabilidade interior de cada sujeito de direitos, que buscará, por convicção, mudar os rumos de sua realidade pelo convencimento de terceiros.

Sendo essa a premissa básica, necessário também reforçar o meio de concretização desse direito. A adoção de tratados internacionais foram e são importantes instrumentos para solidificar os direitos humanos. Cita-se, *em passant*, a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, e a convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, recentemente adotada.

O modelo conta com a grande vantagem de gozar da aquiescência da área jurídica, já acostumada a produzir tratados internacionais para garantia dos direitos humanos. A Internet, haja vista ter se tornado algo maior que tudo antes criado pela humanidade, merece atenção especial quando da análise de seu uso para propagação de ideias.

Tendo em vista o avolumamento de funções estatais e a inexorável dinamização das redes, com sua quantidade infinita de possibilidades, impraticável qualquer tentativa de ordenação estrita planejada pelo Estado.

Aceitando a nova realidade, até mesmo como forma de manter sua legitimidade, será de imensa valia que o Estado aplique propostas atuais ao nível do desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Netzwerkdurchsetzungsgesetz** (2017). Disponível em: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*\[@attr_id=%27bgbl117s3352.pdf%27\]#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s3352.pdf%27%5D__1574734575405](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*[@attr_id=%27bgbl117s3352.pdf%27]#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s3352.pdf%27%5D__1574734575405). Acesso em: 09/12/2019.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS-PARIS, **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 12/12/2019.

BRASIL, Constituição (1988), TÍTULO II DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS, art.5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 09/12/2019.

BRASIL, Decreto-Lei N º 2.848 (1940), **PARTE GERAL, TÍTULO I, DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 11/12/2019.

BRASIL, Lei 12.965 (2014), Seção III.**Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 09/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL (RE) Nº 1.377.966 - AM (2013/0107797-0)**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília-DF. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468402506/recurso-especial-resp-1377966-am-2013-0107797-0> Acesso em: 10/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL (RE) Nº 1.642.997/RJ (2016/0272263-4)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília-DF. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/499418489/recurso-especial-resp-1642997-rj-2016-0272263-4/inteiro-teor-499418498> Acesso em: 10/12/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11299>. Acesso em: 08/12/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 10/12/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário (RE) 1.037.396. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília-DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em: 10/12/2019.

Castan, Siegfried Ellwanger. **O caso Ellwanger**. Folha de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0305200410.html>. Acesso em: 10/01/2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Constituição, Emenda I**. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_1_\(1791\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_1_(1791)). Acesso em: 08/12/2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Chaplinsky v. **New Hampshire** (No. 255). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/315/568>. Acesso em: 08/12/2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Terminiello** v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/337/1/>. Acesso em: 08/12/2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Telecommunications Act of 1996**. Disponível em: <https://www.congress.gov/104/plaws/publ104/PLAW-104publ104.pdf>. Acesso em: 08/12/2019.

GOOGLE LLC, Youtube by. **Remoções de acordo com a Lei aplicável a redes (2019)**. Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube>. Acesso em: 09/12/2019.

Greenwald, Glenn; Borges, Helena. **Governos do Brasil e da França querem censurar a internet sob pretexto de coibir notícias falsas**. The Intercept Brasil. Disponível em: <https://theintercept.com/2018/01/10/governos-do-brasil-e-da-franca-querem-censurar-a-internet-sob-pretexto-de-coibir-noticias-falsas/> Acesso em: 10/01/2021

Herman, Edward S.; Chomsky, Noam. **A manipulação do público**. Futura, 2003.

KAYE, David. **Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression** (2017). Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-DEU-1-2017.pdf>. Acesso: 09/12/2019.

MOSSERI, Adam. **Working to stop misinformation and false news**. Facebook Inc., 07 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.facebook.com/facebookmedia/blog/working-to-stop-misinformation-and-false-news>. Acesso em: 12/12/2019.

PROJECT VERITAS. **ProjectVeritas.com**, 2019. Página Inicial - Sobre. Disponível em: <https://www.projectveritas.com/about/>. Acesso em: 12/12/2019.

ROMANI, Bruno. **‘Fim do artigo 19 põe em risco liberdade de expressão na internet’, diz Carlos Affonso de Souza**. O estado de S.Paulo, São Paulo, 29/11/2019. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,fim-do-artigo-19-poe-em-risco-liberdade->

-de-expressao-na-internet-diz-carlos-affonso-de-souza,70003104631. Acesso em: 11/12/2019.

R7. **Pesquisa mostra eleitores de SP mais atentos às fake news após 2018.** Disponível em: <https://noticias.r7.com/eleicoes-2020/pesquisa-mostra-eleitores-de-sp-mais-atentos-as-fake-news-apos-2018-30112020> Acesso em: 10/01/2021.

WIKILEAKS. **Wikileaks.org, 2015.** Página Inicial. Disponível em: <https://wikileaks.org/What-is-WikiLeaks.html>. Acesso em: 12/12/2019.

Zizek, Slavoy. **The market mechanism for the race of devils.** Disponível em: <https://www.lacan.com/zizliberal2.html> Acesso em: 10/01/2021.

POLIAMOR: DA REALIDADE SOCIAL FAMILIAR À NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO JURÍDICO

Lorryayne Santos de Paulo¹

Vânia Ágda de Oliveira Carvalho²

INTRODUÇÃO

Por ser o direito uma ciência que envolve o estudo e análise dos fenômenos sociais, tanto para a origem do fenômeno jurídico quanto para a interpretação deste, relevante observar a evolução da sociedade e, para a pesquisa em tela, no concernente à evolução do próprio conceito de família e sua concepção principiológica, em especial amparada pela afetividade.

Nesse sentido, o poliafetismo, proveniente da união de três ou mais pessoas, vinculadas pela presença do afeto entre elas, com consentimento e ciência de todos os envolvidos é a afirmação de que a conceito de família se ampliou, em que pese ainda não pacificado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Constata-se, pois, que o ordenamento jurídico pátrio não acompanhou a evolução da sociedade brasileira e, frente a isto, compete ao judiciário, haja vista lacunas legislativas, suprir estas lacunas e, neste interim, encontra-se o objetivo primordial da

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário FAMINAS—Muriaé. Email: lorryayne31@gmail.com

2 Professora universitária - FAMINAS/Muriaé-MG. Mestra em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte/MG. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (FADIVALE), campus Belo Horizonte/MG. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior, Juiz de Fora/MG e em Gestão de Recursos Humanos pela Faculdade Estácio de Sá, Belo Horizonte/MG. Ingressa o Núcleo Interdisciplinar de Estudos em Agroecologia e Educação Ambiental - NEA, vinculado ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Espírito Santo - IFES, Campus Ibatiba, na Linha de pesquisa Educação Ambiental em espaços formais e não-formais. Gmail: vaniaagdaocarvalho@gmail.com. ORCID: 0000-0002-2114-8253.

presente pesquisa, qual seja, analisar a necessidade de adequação do direito positivo frente ao reconhecimento do poliamor, haja vista, na realidade, a existência deste instituto como constituição familiar. Ou seja, enquanto problemática, questiona-se a possibilidade do seu reconhecimento no ordenamento jurídico do Brasil.

Para tanto, a metodologia adotada pautou-se no método teórico-jurídico, com raciocínio dedutivo, técnica de pesquisa voltada para a leitura exploratória e, posteriormente, seletiva, usufruindo-se de acervo bibliográfico no ramo do direito, vinculada à interpretativa, no que tange a análise de legislações vigentes, sem se olvidar de pesquisas em sítios eletrônicos vinculadas à temática pesquisada.

Visando o alcance do escopo da pesquisa, no primeiro capítulo, além de apresentar e analisar o conceito de poliamor e seu significado semântico, buscou-se demonstrar sua aplicabilidade e quais princípios norteadores do Direito o subsidiam. Com isso, adentrou-se na evolução do conceito de família, desde sua abordagem de núcleo familiar pautada no patriarcado, perpassando pela união estável, instituto esse, em que se enquadra a união poliafetiva.

O segundo capítulo, por vez, visou discorrer sobre as relações monogâmicas e não monogâmicas, trazendo aspectos do princípio da monogamia, bem como da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Com intuito em destinar maior fundamento para o instituto do poliamor e demonstrar como vem sendo trabalhado pelo ordenamento jurídico nacional, jurisprudências enriqueceram o segundo capítulo desta pesquisa e, por fim, os efeitos que os adeptos do poliamor estão sujeitos foram colimados na abordagem deste estudo.

1. POLIAMOR: CONCEITO E APLICAÇÃO

Para analisar o poliamor é fundamental apresentar, inicialmente, o conceito de família que, nos primórdios era vista como uma instituição social, expressão da vontade divina na terra, com modo de configuração natural e eterna. Segundo Engels (1984), a família foi projetada a partir do louvor da monogamia burguesa e tomada

como modelo universal, pautado no modelo familiar matrimonial, constituído pelo casamento, entre homem e mulher.

O patriarcalismo, com a configuração de família apresentando o modelo matrimonial monogâmico entre homem e mulher, dando origem à prole, foi positivado no Código Civil de 1916, onde a mulher fazia-se totalmente submissa ao homem e este detinha o controle do *pater familiae* sobre os filhos, prevalecendo, até mesmo, sobre a autoridade do Estado, e duraria até a morte do patriarca. (Engels, 1984). Constatou-se, assim, que o advento do referido Código não abriu espaço para outras formas de organização familiar, se não a posterior ao casamento, ideia esta confirmada pelos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2008).

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988), em especial seu art. 226, a concepção de família sofre uma extensão, trazendo, em seu rol, a família monoparental, constituída por mães ou pais solteiros que criam seus filhos; família decorrente do casamento, e da união estável, entre outras, vez que referido rol é meramente exemplificativo, dado que o legislador previu um conceito aberto, plural e democrático de família. Sendo assim, rompeu o modelo patriarcal, concedendo igualdade do poder familiar aos cônjuges, destinando eficácia real aos princípios da igualdade, liberdade, pluralidade familiar, direitos relacionados à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido:

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se àquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação. (DINIZ, 2008, p. 9).

Em relação ao apresentado, tem-se, pois que, além das referidas hipóteses de entidade familiar destacadas, decorrente da interpretação sistemática das normas do ordenamento jurídico brasileiro, que as pessoas poderão escolher outras modalidades de constituição de família, que não estão expressamente previstas no texto constitucional, conferindo ao homem e mulher os direitos e deveres referentes à relação conjugal. Exemplo disso, é a união homoafetiva entre pares do mesmo sexo e a família reconstituída decorrente de núcleos familiares preexistentes (pais ou mães divorciadas que cuidam dos filhos sozinhas e se casam novamente), constatando, desta forma, a possibilidade de novo núcleo familiar.

Observa-se, diante disso, que o conceito de família foi se alterando acompanhando as transformações da sociedade e espaço. Assim, os laços afetivos passaram a ser o principal fator para um grupo de pessoas serem consideradas uma família. O conceito de união estável está previsto no art. 1.723 do Código Civil (2002), sendo reconhecida como entidade familiar decorrente de união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, equiparando-se ao casamento na medida em que os direitos são igualitários aos companheiros e cônjuges, sendo pacificado nos tribunais a impossibilidade de tratamento diferenciado no âmbito sucessório, visto que ambos são entidades familiares e, entendimento diferente disso, seria inconstitucional.

No que tange ao objeto direto desta pesquisa e passada a breve evolução histórica de entidade familiar segundo o ordenamento jurídico nacional, interessante iniciar pela compreensão semântica da palavra poliamor, que é uma tradução que advém de raiz dupla, “poli” do grego *poly*, que significa muitos e o termo “amor” do latim. Ou seja, literalmente aduz a muitos amores. Trata-se de uma relação de afeto que envolve três ou mais pessoas, independente do sexo, aberta, com consentimento e ciência de todos os envolvidos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016), envolvendo também responsabilidades compartilhadas por todos. Não necessariamente está vinculado à

existência de relação sexual entre elas, podendo implicar, tão somente, em romance, e/ou desejo sexual.

Diferente do que muitos acreditam, com base no senso comum, o poliamor não é um relacionamento livre, descompromissado, não envolve troca esporádica de casais, trata-se, pois de relacionamento entre três ou mais pessoas, com vínculo afetivo entre elas, ou seja, com fundamentos principiologicos do afeto, sendo de consentimento (livre manifestação) e conhecimento de todos os envolvidos. Nesse cerne:

Em relação ao termo poliamor, inicialmente, importa destacar que, juridicamente, o denominador que melhor retrata tais situações é o significante de poliafetividade. Isso porque, embora socialmente seja corrente o uso da expressão poliamor para descrever tais relações plúrimas, no cenário jurídico-brasileiro o termo que mais indicado é o que utiliza como sufixo a afetividade.

[...]

A afetividade possui sólida edificação legislativa, doutrinária e jurisprudencial, sendo um princípio jurídico consolidado no Direito de Família brasileiro contemporâneo. O Direito pátrio percebeu a afetividade como o novo paradigma dos relacionamentos familiares e lhe conferiu uma devida tradução, com os contornos típicos das demais categorias jurídicas. (CALDERÓN, 2017, p. 343).

Como observado, nota-se que o afeto, assim como no casamento e na união estável, é a base do poliamor. Entretanto, ainda é um assunto que causa polêmica e encontra posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais não pacificados, por apresentar desafios relacionados aos costumes religiosos e morais que, indubitavelmente, repercutem na legislação.

A visibilidade ao poliafetismo se deu depois da oficialização de uma União Poliafetiva na cidade de Tupã, Rio de Janeiro, em que foi declarada a união estável de um trisal, que já vivia no mesmo lar há mais de três anos (THEBALDI; CASTRO, 2019), e a partir desta ocorrência, o questionamento pautado no direito fundamental à liberdade, à igualdade, ao princípio da não discriminação, e do livre planejamento familiar como referências utilizados para legitimar o reconhecimento de diversas modalidades de família, inclusive não previstas na Constituição Federal/1988, como a poliafetiva, ganhou mais legitimidade.

Nesse sentido, compete ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito do livre planejamento familiar, fundamentado no princípio do afeto, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (CRFB/1988, art. 226, §7º), no intuito de impedir ou inviabilizar mencionado planejamento frente a qualquer tipo de constituição familiar. Diante disso, o Estado não pode determinar condições para a prática a escolha sob o tipo de constituição familiar, dentro da esfera da autonomia privada do indivíduo, vez que as novas entidades familiares merecem a proteção jurídica do Estado, assim como os demais modelos de família já existentes no ordenamento jurídico.

2. POLIAMOR: A REALIDADE FÁTICA E A REALIDADE JURÍDICA

Como já mencionado anteriormente, a sociedade altera os padrões aceitos pelo decorrer dos anos no que tange ao conceito de família e, sem se olvidar dos padrões culturais e suas interferências, porém reafirmando abordagem do conceito de família brasileira, entre os valores mutantes encontra-se também a monogamia. A relação não-monogâmica questiona padrões da relação monogâmica e, de maneira sucinta, o que diferencia os dois é a escolha entre estar ou não em uma união monogâmica. Na monogamia as pessoas optam por ter apenas um único parceiro e os não adeptos a ela vivem relações sem o

pressuposto de exclusividade. Em contrapartida, a relação poliafetiva provém de uma relação não monogâmica. Corroborando com estes preceitos:

A monogamia, portanto, não passa de um modo de viver, em que duas pessoas só podem se relacionar de forma amorosa, romântica, afetiva ou sexual uma com a outra, cuida-se de um pacto público socialmente aceito, vigiado e aplicado pela civilização cristã- monogâmica, que insiste em fechar os olhos para as relações não-monogâmicas (VIEGAS, 2017, p. 167).

Com base no princípio da monogamia, considera-se que os poliamoristas cometem concubinato, em razão de que, o referido princípio determina a fidelidade recíproca entre os cônjuges ou companheiros. Não obstante, elevar a monogamia à categoria de princípio é perpetuar o que o texto constitucional não disse; é vender os olhos para inúmeras realidades familiares; é perseguir, como bem destaca Fiúza e Poli (2016), resultados desastrosos; é negar o reconhecimento e proteção a diversos núcleos familiares.

As relações poliafetivas inserem-se na categoria dos relacionamentos não-monogâmicos, possuidor de características que lhe são próprias (FREIRE, 2013). Como se observa, no Brasil houve a possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas, e, tomando por base esta evolução, questiona-se a razão da ainda não receptividade das uniões poliafetivas, um novo modelo familiar que veio para quebrar mais paradigmas da sociedade.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vedou, em 2018, que os Cartórios Tabelionatos de Notas lavrassem escrituras públicas declaratórias de poliafetividade. O Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000 foi feito em 2016 pela Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, após serem lavradas algumas escrituras públicas regularizando, como união estável, relações poliafetivas.

Como fundamento para tal providência foi alegado que o reconhecimento do poliamor fere o ordenamento jurídico brasileiro, o qual admite somente as entidades familiares descritas na Constituição Federal de 1988. Ferindo também os preceitos contidos no princípio da monogamia, base que estrutura o modelo familiar. Esta decisão, todavia, negligencia a existência das famílias poliafetivas deixando-as sem amparo judicial, mas que não deixarão de existir em razão da lacuna legislativa e desamparo judicial. O que se observa é que, apesar da necessidade de reconhecimento das uniões poliafetivas, o legislador brasileiro, preso a uma ilusória moralidade do que infringe os princípios basilares do Direito, ainda se mantém inerte. Sobre o tema supracitado, Andreia Martins elucida:

O principal desafio é reconhecer a legitimidade desses novos tipos de famílias, que precisam dessa oficialização para ter seus direitos jurídicos, previdenciários, entre outros, garantidos. Quando o Estado e a sociedade não reconhecem essas famílias como legítimas (por diferentes motivos), devido ao conflito entre os valores antigos e o estabelecimento de novas relações, acabam estimulando alguns modos de vida e desestimulando outros. No entanto, isso acaba oferecendo proteção e vantagens para uns em detrimento de outros (MARTINS, 2015, online).

Neste diapasão, há necessidade de adequação do direito positivo, no intuito de salvaguardar entidades familiares que, assim como a concepção de família pautada em valores mais antigos, também se baseiam no afeto e amor. Ademais, o aceite da própria união estável já é subsidio a embasar a união poliafetiva, haja vista que a forma como os indivíduos optam por se relacionar e constituir suas famílias, adentram em sua livre manifestação de vontade, posto que a “despeito da monogamia ser a base estruturante mais frequente das famílias brasileiras, há uma multiplicidade de possibilidades de arranjos familiares que não se pautam por ela. Cada vez mais pessoas têm

optado por viver relações não monogâmicas.” (DE ANDRADE, 2018, p. 09). Ademais, positivação de normas jurídicas advém das mudanças e anseios sociais.

Mesmo com a crescente de casos, o poliamor ainda carece de reconhecimento e atenção dos legisladores e doutrinadores que, em sua maioria, insistem em se apoiarem no ultrapassado princípio da monogamia.

É imprescindível que tenhamos julgamentos pioneiros que sejam norteadores de novos posicionamentos e novas alternativas para que o Poder Judiciário possa encontrar respostas justas aos casos concretos, realizando uma atualização do Direito aos contextos sociais. (BASTOS, 2014, p.264).

Mediante o exposto, o fato de a CRFB/1988 defender a liberdade, o livre planejamento familiar, a dignidade da pessoa humana, é incoerente deixar de tutelar uma entidade familiar, em razão de diferenciar-se do modelo familiar habitual, vez que, ultrapassa as possibilidades de interferência do Estado dirimir acerca dos relacionamentos entre os cidadãos, tanto no que tange à orientação sexual quanto ao quantitativo de pessoas. Não estão sendo questionados padrões de cuidados, de alimentos, de dependência, de reconhecimento. Estes, são sim consequências do possível reconhecimento do poliamor e, frente a estes faz-se necessária a interferência Estatal; porém, para tanto, o seu devido reconhecimento, em prol de maior segurança jurídica para os envolvidos na constituição da instituição familiar, independente da forma que a constitui.

Ao se destacar a simetria entre as partes que compõem a relação poliafetiva, fica ainda mais evidente a necessidade de aceitação, manifestação e amparo do ordenamento jurídico brasileiro e, na contramão deste posicionamento, Cristiano Chaves de Farias apresenta:

O sistema jurídico do Brasil não contém qualquer dispositivo expresse acerca do poliamorismo [...] Todavia, a jurisprudência vem assumindo um papel recrudescente, negando proteção e direitos ao poliamor, a partir do tratamento que foi historicamente emprestado ao concubinato. Um lapso, equívoco, que precisa ser reparado. (FARIAS, 2017, online).

Entretanto, em que pese o apontamento de Farias (2017) trazido acima, alguns tribunais têm reconhecido as famílias simultâneas, com viés na simetria entre os envolvidos, o que desconfigura a poligamia, com escopo de reconhecimento de direitos sucessórios e patrimoniais.

[...] não há qualquer hierarquia ou assimetria entre as suas partes componentes. No poliamor, todas as pessoas estabelecem laços entre si, não estando nenhuma delas relegada a um papel secundário ou subalterno na dinâmica da relação. Cada um dos integrantes da união oferece, ao menos em tese, exatamente a mesma parcela de contribuição em prol da boa manutenção da família. (DE ANDRADE, 2018, p. 27).

Ressalta-se, contudo, que os julgamentos paradigmáticos não esgotam os debates sobre alguma temática, pelo contrário, eles instalam discussões que demonstraram gradativo aprofundamento (LOREA, 2008). Na jurisprudência que se segue, garantiram-se os direitos das conviventes, sem que nenhuma saísse prejudicada na partilha, sendo, pois, utilizada a triação, legitimando a existência concreta dos relacionamentos simultâneos envolvendo uma mesma pessoa.

DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS
SIMULTÂNEAS. RECONHECIMENTO. PARTILHA

DE BENS. TRIAÇÃO. 1. Estando demonstrada, no plano dos fatos, a coexistência de duas relações afetivas públicas, duradouras e contínuas, mantidas com a finalidade de constituir família, é devido o seu reconhecimento jurídico à conta de uniões estáveis, sob pena de negar a ambas a proteção do direito. 2. Ausentes os impedimentos previstos no art. 1.521 do Código Civil, a caracterização da união estável paralela como concubinato somente decorreria da aplicação analógica do art. 1.727 da mesma lei, o que implicaria ofensa ao postulado hermenêutico que veda o emprego da analogia para a restrição de direitos. 3. Os princípios do moderno direito de família, alicerçados na Constituição de 1988, consagram uma noção ampliativa e inclusiva da entidade familiar, que se caracteriza, diante do arcabouço normativo constitucional, como o lócus institucional para a concretização de direitos fundamentais. Entendimento do STF na análise das uniões homoafetivas (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ). 4. Numa democracia pluralista, o sistema jurídico-positivo deve acolher as multifárias manifestações familiares cultivadas no meio social, abstendo-se de, pela defesa de um conceito restritivo de família, pretender controlar a conduta dos indivíduos no campo afetivo. 5. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o companheiro. Meação que se transmuda em “triação”, pela simultaneidade das relações. 6. Precedentes do TJDF e do TJRS. (TJ-PE - APL: 2968625 PE, Relator: José Fernandes, Data de Julgamento: 13/11/2013, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 28/11/2013)

Na apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, o relator Jamil De Miranda Gedeon Neto, em trecho de seu voto expressou:

É família toda união de pessoas em respeito e consideração mútuos, com ostensividade e publicidade, com o objetivo de comunhão de vida, mútua assistência moral e material, e de serem reconhecidos pela comunidade como uma família. Assim, sempre que um núcleo for formado por pessoas que se enquadrem em tais requisitos, deve ser reconhecida a configuração de uma família, independente da qualificação que se dê a esta: se formada por um casamento, por uma união estável ou por um concubinato estável (espécies do gênero “família”). (TJ-MA-APL: 0393812014 MA 0015505-24.2013.8.10.0001, Relator: JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO.

Data de Julgamento: 12/03/2015, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação:16/03/2015)

Evidencia-se, assim, que ao Estado, na pessoa do magistrado, compete interferir no que tange aos cuidados, manutenção, amparo, guarda, alimentos etc, como obrigações familiares provenientes da concepção de família, seja ela, nos dizeres do ministro Jamil De Miranda Gedeon Neto, qualificada como for.

Todavia, no julgado infra o entendimento do Superior Tribunal de Justiça encaminhou-se pelo desprovisionamento de recurso especial, que versa sobre o reconhecimento de união estável concomitante, excluindo qualquer efeito jurídico que a relação poliafetiva pudesse gerar.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96. 1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012. 2. Discussão relativa ao reconhecimento

de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido. (Resp. 1.348.458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 8/5/2014, DJE de 25/6/2014)

Em contrariedade ao exposto, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível nº 70011258605, deliberou o uso da triação no lugar da tradicional meação, bem como, restou reconhecida união de três pessoas (união dúplice), sendo um integrante da relação, falecido, o que, ensejou a ação para que fosse feita justa divisão de bens entre as companheiras, e aplicados os efeitos da meação (no caso, a triação) e sucessão. Em seu voto, o Desembargador Rui Portanova declarou:

Quando se trata de uma união está consagrada o uso da palavra “meação”. Contudo, como estamos diante de uma divisão por três estou utilizando a palavra “triação”. Com efeito, não pode haver divisão pelo “meio” que dá origem à palavra “meação”. A presente decisão, em face da peculiaridade, fará uma divisão por três. Logo, “triação”.[...] No caso, há união dúplice. Ou seja, período em que houve duas uniões estáveis concomitantes. Por isso, tudo que o de cujus adquiriu com a esposa e com a companheira nesse período forma um patrimônio comum, a ser dividido entre os três (1/3 para a esposa, 1/3 para a companheira e 1/3 pertencente ao de cujus, que é a herança – espólio). Logo, a meação requerida pela apelante (companheira) corresponde a 1/3 do patrimônio formado no período concomitante, sem prejuízo de seu direito hereditário. (TJRS-APL: 70011258605, Relator: RUI PORTANOVA, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/08/2005)

Nesta conjuntura, não é toda entidade familiar que se adequa ao exemplar jurídico. Todavia, o poliamor é realidade fática que tem se mostrado mais evidente para o direito. O que fica demonstrado nas jurisprudências é a busca por salvaguardar direitos dos poliamoristas, em primazia aos princípios da Constituição Federal de 1988.

É válido ressaltar que, igualmente às demais relações amorosas, a união poliafetiva tem seus efeitos jurídicos com base em julgados,

quais sejam sucessórios, previdenciários, patrimoniais, como a união matrimonial, mesmo sem a devida previsão legal de quais efeitos exatamente geram. Assim sendo, quando ocorre a dissolução da união, o que normalmente seria dividido para o casal, também é dividido entre os companheiros. O que é chamado de triação de bens, foi criado esse novo modelo de partilha, fundamentado no princípio da igualdade, vez que, mais de duas pessoas constituem união estável, assim não se pode utilizar a meação. O tema ainda é escasso, porém se trata de uma forma de reconhecimento de que a simultaneidade dos núcleos familiares representa efeitos no âmbito familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução do modelo familiar no Brasil é crescente e não estagne e, mesmo com a extrema discriminação e preconceito da sociedade, o poliamor necessita de amparo jurídico em prol dos princípios regentes do direito de família.

Em vista disso, caberá ao Direito brasileiro não definir o que é família, mas reconhecer as modalidades de família constituídas a partir do exercício da liberdade de escolha das pessoas, dado que, a Constituição Federal de 1988 prevê princípios e direitos fundamentais que resguardam novas entidades familiares.

Dado o exposto, o poliamor e as famílias decorrentes devem ser reconhecidas dentro da interpretação sistemática do texto constitucional vigente, conforme preceitua o art. 226 (CRFB/1988), que tem como fundamentos e parâmetros, o direito fundamental à liberdade de escolha, igualdade de tratamento e princípio da dignidade da pessoa humana, sem se olvidar no princípio do afeto, basilar de toda e qualquer relação familiar.

O poliamor, adstrito de interpretações análogas ou extensivas, carece de avanço legislativo; todavia, já transcorre em tratativas jurisprudenciais, conforme abordado no presente estudo, haja vista ser um fenômeno social atual e que, para tanto, precede um fenômeno

jurídico. Mesmo que timidamente, o amparo dos Tribunais tem acontecido em vias de suprir as lacunas legislativas.

Assim, diante todo abordado, para que o poliamor seja regulamentado, basta que seja incluído como um modelo de união estável, vez que, preenche requisitos para tanto. Sendo, pois, a relação regida pelo instituto citado, possuirá então regime de bens, método de partilha, que é a triação, já reconhecida por julgados, no qual reparte os bens (patrimônio) dos companheiros igualmente. Dessa forma, terá a devida proteção do Estado e Direito e a adequação do direito positivo frente ao reconhecimento do poliamor.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Michelle Linhares. **Inovando o direito, construindo uma nova história:** as decisões de vanguarda do judiciário gaúcho. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/revista-justica/volume-12-no-23-e-24/>. Acesso em: 24 fev. 2022.

BUCHE, Giancarlos. **Famílias simultâneas:** o poliamor no sistema jurídico brasileiro. Revista Eletrônica OAB Joinville, 2011.

Disponível em: <https://revista.oabjoinville.org.br/artigos/Microsoft-Word%20---Familias-simultaneas.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Civil.** Brasília: Senado Federal, 1916, 2002.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família. 2ª edição.** Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977153/>. Acesso em: 22 fev. 2022.

DE ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. **RESPIRAR O AMOR ASPIRANDO LIBERDADE: O POLIAMOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.** 2018, 66 f. Monografia - à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/26301>. Acesso em: 02 mar. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Tradução de José Silveira Paes. Rio de Janeiro: São Paulo: Global, 1984.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A ausência do poliamor na jurisprudência brasileira.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6373/A+aus%C3%Aancia+do+poliamor+na+jurisprud%C3%Aancia+brasileira>. Acesso em: 22 fev. 2022

FIUZA, César. POLI, Luciana. **Núcleos familiares concomitantes:** (im) possibilidade de proteção jurídica. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3591>. Acesso em: 02 mar. 2022

FREIRE, Sandra Elisa de Assis. **Poliamor, uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos.** 258 f. 2013. Tese Doutorado. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/6928/1/arquivototal.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2022

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito das Sucessões.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOREA, Roberto Arriada. **Cidadania sexual e laicidade: um estudo sobre a influência religiosa no Poder Judiciário.** 209 f. 2008. Tese de doutorado em Antropologia Social. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/15572>. Acesso em: 25 fev. 2022

MARTINS, Andréia. **Família: Sociedade coloca conceito do fenômeno em disputa.** 2015. Disponível em:

<http://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/familia-sociedade-coloca-conceito-do-fenomenoem-disputa.htm>. Acesso em: 22 fev. 2022

SUPERIOR, Tribunal de Justiça. STJ - **RECURSO ESPECIAL: REsp 1348458** MG 2012/0070910-1 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178200/recurso-especial-resp-1348458-mg-2012-0070910-1-stj/inteiro-teor-25178201>. Acesso em: 02 mar. 2022

THEBALDI, Isabela Maria Marques; CASTRO, Aline Cátia Muniz Carvalho. GONÇALVES DA COSTA, E. O POLIAFETISMOE SUAS

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS: PLURALIDADE DE AFETOS, NEGAÇÃO DE DIREITOS?. **Revista Vertentes do Direito**, v. 7, n. 2, p. 178-202. 2020. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/9364>. Acesso em: 02 mar. 2022

TRIBUNAL, de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação 70011258605**. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70011258605&ano=2005&codigo=704108. Acesso em: 02 mar. 2022

TRIBUNAL, de Justiça do Maranhão. **Apelação 1408200-6**. Rel. Des. Disponível em: <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175071171/apelacao-apl-393812014-ma-0015505-2420138100001/inteiro-teor-175071187>. Acesso em: 24. fev.2022

TRIBUNAL, de Justiça de Pernambuco. **Apelação 296862-5**. Rel. Des. José Fernandes de Lemos. Disponível em: <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158606091/apelacao-apl-2968625-pe>. Acesso em: 24 fev.2022

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliefetivas**: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/28461>. Acesso em: 24 fev. 2022.

DESMATAMENTO E QUEIMADAS NA AMAZÔNIA BRASILEIRA E SEUS PRINCIPAIS IMPACTOS AMBIENTAIS SOB A NARRATIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE

Yuri Araújo Vilhena¹

Vânia Ágda de Oliveira Carvalho²

INTRODUÇÃO

Desde a criação do projeto PRODES (BRASIL, 2021) em conjunto com o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE - que realiza o monitoramento do desmatamento da floresta Amazônica Brasileira por satélite, produzindo taxas anuais de desmatamento na região, constatou-se que mais de 500 mil km² de floresta nativa já foram destruídas para utilização antrópica, onde há a interferência do Homem, sendo, por meio de pastagens, cultivos agrícolas, desmatamento para mineração, extração de madeira, ocupação de terras, entre outros (BUTLER, 2020). Destaca-se que esses números são calculados a partir de estimativas fornecidas pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) e MapBiomas, referindo-se apenas à Amazônia brasileira, que responde por cerca de 60% da floresta amazônica.

1 Bacharel em Direito – FAMINAS/Muriaé. E-mail: yurivilhena@rocketmail.com. ORCID: **0000-0003-0072-1775**.

2 Professora universitária - FAMINAS/Muriaé-MG. Mestra em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte/MG. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (FADIVALE), campus Belo Horizonte/MG. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior, Juiz de Fora/MG e em Gestão de Recursos Humanos pela Faculdade Estácio de Sá, Belo Horizonte/MG. Ingressa o Núcleo Interdisciplinar de Estudos em Agroecologia e Educação Ambiental - NEA, vinculado ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Espírito Santo - IFES, Campus Ibatiba, na Linha de pesquisa Educação Ambiental em espaços formais e não-formais. Gmail: vaniaagdaocarvalho@gmail.com. ORCID: 0000-0002-2114-8253.

Nota-se, frente ao exposto acima, a supremacia do interesse econômico sobre o ambiental, característica marcante do antropocentrismo que embasa o sistema de capital do qual o Brasil faz parte, que acaba por negligenciar a segundo plano a crise ambiental hodierna a qual se deflagra. Diante desta interferência desregrada do Homem sobre os recursos naturais, e sobre ele próprio, em que pese vasta legislação ambiental que tutela o meio ambiente, notam-se impactos negativos à natureza ao nível da impossibilidade de reparação dos danos ocasionados, razão pela qual destacam-se, ainda mais, os movimentos sociais como forma de resistência a esta realidade predatória.

Frente à necessidade emergencial relatada, no que tange à preservação e tutela ambiental, em virtude do elevado índice de degradação amazônico, o objetivo primordial perquirido por este artigo é apresentar os principais impactos ambientais provenientes de desmatamento e queimadas na Amazônia utilizando, para tanto, da transdisciplinaridade entre epistemologias variadas.

Neste sentido, nada mais coerente que a arte, por meio da poesia que se consubstancia através de letras de música, consolidando a importância da transdisciplinaridade, para conscientizar acerca da necessidade de se preservar e tutelar o meio ambiente (SENA; MATOS, 2012), haja vista que o uso das artes para abordar temáticas da ciência jurídica proporciona maior e melhor absorção do conteúdo pela sociedade, destinando a esta ciência uma eficácia condizente com um fenômeno histórico-cultural que é, segundo teóricos como Mascaro (2022) e Adrian Sgarbi (2020), o Direito.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, adotou-se o raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa voltada para a leitura, de início, exploratória e, posteriormente, seletiva e interpretativa, usufruindo-se de acervo bibliográfico e documental especialmente no ramo do direito ambiental, da Teoria Geral do Direito e da educação, para construir a abordagem conceitual e vinculativa inserida na transdisciplinaridade, bem como pesquisas em sítios eletrônicos vinculadas à temática colimada. O presente artigo, haja vista não ter utilizado critérios

explícitos e sistemáticos para a busca e análise crítica da literatura, não tendo, pois, esgotado as fontes de informações, também foi construído a partir de artigos pesquisados na base de dados do google acadêmico e em sites informativos, de cunho jornalístico. Além disso, para corroborar a temática abordada, usufruiu-se de arte-educação em um viés transdisciplinar, utilizando-se as letras das músicas “Matança”, de autoria de José Carlos Augusto Jatobá (1981) e “Canção da Floresta”, de Sebastião Dias (2004).

A ARTE-EDUCAÇÃO, POR MEIO DA MÚSICA, EM PROL DO MEIO AMBIENTE

Não é recente o uso da poesia enaltecida em letras de músicas brasileiras como relevante instrumento em prol de disseminar as lutas contra hegemônicas, traçadas por movimentos sociais, descortinando qualquer inverdade quanto ao vínculo entre arte e educação, no que tange à arte como expressão de consciência e resistência.

Neste sentido, essa pesquisa traz a transdisciplinaridade entre arte, meio ambiente, direito ambiental e educação para apontar os principais impactos ambientais provenientes de desmatamento e queimadas na Amazônia brasileira, demonstrando a degradação ambiental por meio de denúncias artísticas como a presente no trecho da música “Matança”, de autoria de José Carlos Augusto Jatobá (1981), gravada por Xangai, “pra nosso espanto tanta mata haja vão matar”, retratando a destruição de florestas, extinguindo flora secular, enquanto houver, que tanto protege os animais e os seres humanos, enaltecendo o utilitarismo da natureza.

A música, enquanto expressão artística, viabiliza transitar por caminhos que extrapolam o raciocínio meramente técnico-formal que, em tese, a ciência do Direito não abarcaria. E, com isso, vislumbra conexão entre Direito e música em um viés de aprendizado recíproco, tendo em vista que a música, conforme preceitua Vianna (2014), assim como o cinema, o teatro, e tantas outras artes, pode contribuir para uma melhor hermenêutica e, conseqüente aplicação do Direito.

Sem se olvidar de que o Direito surge da sociedade para a sociedade e, em decorrência disto, trata-se, pois, de fenômeno histórico-cultural, encontrando-se completamente entrelaçado com as nuances comportamentais, costumeiras, morais, éticas etc, não desvinculadas, pois, da razão sensível, posto provir do Homem para o Homem. Nesse sentido, coerente a afirmação de que as emoções interferem nas relações jurídicas, como bem explana Vianna (2014) ao afirmar que as premissas do Direito não devem ser analisadas e aplicadas de maneira demonstrativa apenas, posto que as emoções, ou seja, a razão sensível, “interferem e moldam, de forma relevante, as relações jurídicas, uma vez que estas têm como protagonistas seres humanos, os quais não são apenas dotados de razão” (VIANNA, 2014, p.02).

Assim, a norma jurídica, enquanto previsibilidade de um comportamento desejado (MASCARO, 2022) também vislumbra a necessidade aos estudiosos e operadores do direito de

[...] laborar a partir do sensível, das emoções e dos sentimentos que compõe e integram o ser humano, e não apenas ficarem circunscritos aos postulados lógico-formais que, ordinariamente, orientam o raciocínio jurídico. (VIANNA, 2014, p.02).

A partir do momento em que a previsibilidade comportamental é renegada, depara-se com o conflito que, no liame desta pesquisa, ocasiona a degradação ambiental na Amazônia brasileira. A música, neste cerne, retrata aspectos de cunho social que destaca o inconformismo com a facticidade envolvendo a destruição da Amazônia e os impactos que esta destruição ocasiona. Com isso, além da música facilitar interpretação da norma jurídica pela sociedade, aproximando a mesma com a ciência do Direito, pode, a poesia contida nas letras das músicas, com destaque para as utilizadas neste estudo, “ser interpretadas como denúncia crítica do artista compositor-cantador letrista nordestino em relação ao grave problema da degradação da

fauna, flora e ambientes naturais no Brasil” (SENA; MATOS, 2012, p.770).

Nos ensinamentos de Sena e Matos (2012), a música, enquanto arte, pode ser “considerada como importante instrumento de expressão da cultura de resistência” (2002, p.770) e, enquanto cultura, está intimamente vinculada ao Direito por ser, este, fenômeno histórico-cultural.

Diante disso, a definição de arte-educação que versa sobre a utilização da “arte como instrumento para abordagem de temas de áreas diversas” (VILHAÇA, 2014, p. 74) é coerente e plausível, em especial frente a uma sociedade diversificada. Ademais, dentre inúmeras outras razões, a arte-educação, como já apontado anteriormente, possui capacidade de mobilizar, permite perceber situações cotidianas, “Permite também o questionamento de padrões e valores estabelecidos [...] Permite o contato com manifestações culturais de seu povo e de outras localidades” (VILHAÇA, 2014, p. 83), que se amoldam à tratativa desenvolvida no presente artigo.

DESMATAMENTO E QUEIMADAS NA AMAZÔNIA BRASILEIRA E SEUS PRINCIPAIS IMPACTOS AMBIENTAIS

Com uma concentração de umidade grande na região proveniente da bacia amazônica, as queimadas são derivadas da intervenção do Homem no sistema ambiental, podendo ser iniciadas quando há processo de desmatamento, podendo ultrapassar o limite das áreas de desmatamento e pastagem, indo em direção para as áreas de florestas. Essas agressões diretas ao ambiente, sendo proveniente do desmatamento e queimadas, acabam ocasionando, segundo Wanderley do Carmo e Maria das Graças do Carmo (2019), desde a perda da produtividade agrícola, alterações no regime hidrológico, perda da biodiversidade e emissões de gases de efeito estufa sendo que o comportamento dos fazendeiros com relação à queimada pode alterar a quantidade de carbono que passa para o estoque em longo prazo em forma de carvão (COPERTINO et al, 2019).

As queimadas de origem antrópica, que possuem ocorrência de forma predominante durante o período da estação seca na região, juntamente com o desmatamento, contribuem para o aquecimento global, intensificando o efeito estufa, conseqüentemente, aumentando a temperatura, chegando a utilizar a escala global. Nesse ínterim:

[...] além de causar emissões imediatas de CO₂, as queimadas constantes induzem mudanças na vegetação, reduzindo a capacidade natural da floresta em estocar e reciclar nutrientes, com enormes implicações para o ciclo global de carbono. [...] Os maiores balanços negativos, quando as emissões superam os valores de sequestro de CO₂, foram observadas na América Latina, principalmente no Brasil – atualmente, o país é o oitavo maior emissor de gases de efeito estufa do mundo, com 50% das emissões brasileiras provindas das atividades de desmatamento e agropecuária. (COPERTINO, 2019, p. 02).

Com ajuda dos ventos, os efeitos das queimadas podem chegar diretamente aos grandes centros urbanos, com a presença de fumaça e fuligens, podendo causar doenças respiratórias como bronquite e asma, alergias na pele, produzir efeitos negativos no desenvolvimento de fetos, interferência na eliminação de bactérias e partículas inertes dos pulmões, proveniente da inalação de dióxido de enxofre (SO₂), entre vários outros sintomas (DIAS, 2008). Para que se tenha uma demonstração mais clara dos malefícios ocasionados, como cânceres, doenças respiratórias, má qualidade de vida etc, no que tange aos agentes inalados em decorrência dos efeitos das queimadas, Dias (2008) apresenta alguns destes agentes:

[...] NOx (óxidos de nitrogênio), CO (monóxido de carbono), material particulado (poeira), além de substâncias altamente tóxicas (peroxiacil nitratos

(PAM), aldeídos, duranos e dioxinas (a dioxina aumenta o risco de neoplasias (câncer)) (DIAS, 2008, p.12.)

O Brasil, como signatário do Acordo de Paris, pactuou em acabar com o desmatamento ilegal até o ano de 2030, onde reduziria o desmatamento à zero, atuando em conjunto com políticas públicas contra o desmatamento. Apesar do combate ao desmatamento ser uma das prioridades da política ambiental brasileira, vários setores da sociedade e economia brasileira veem a preservação das florestas nativas e o desenvolvimento econômico do país como *trade-off* (SOARES, et al, 2019), sem se olvidar da atuação negligente do atual governo federal.

Visando angariar mais crédulos da política nacional, em especial no que tange à defesa da Amazônia e no combate às queimadas e desmatamento, bem como na tentativa de reverter a imagem do País perante o mundo internacional, o governo brasileiro, por meio do então Ministro do Meio Ambiente, Joaquim Leite, anunciou, em evento transmitido ao vivo, pela internet que, durante a COP26, Conferência das Nações Unidas sobre mudanças climáticas, a meta de redução dos gases poluentes seria aumentada, assim como a antecipação no alcance da meta de zerar o desmatamento ilegal do Brasil.

O governo brasileiro anunciou ainda antecipar a meta de zerar o desmatamento ilegal de 2030 para 2028, e alcançar uma redução de 50% até 2027. A ideia, conforme anúncio do governo brasileiro em novembro de 2021, é que haja uma diminuição gradual da destruição da floresta em 15% ao ano entre 2022 e 2024, subindo para 40% de redução em 2025 e 2026, até alcançar desmatamento zero em 2028. (PASSARINHO, 2021, online).

Em que pese o discurso do governo pautar-se em ações políticas para combater o desmatamento, atualmente, entretanto, o que se vê é uma outra realidade, com a Amazônia Legal sofrendo uma alta na taxa de desmatamento, que, entre agosto de 2020 e julho de 2021, chegou a 21,97%, conforme relata Cristiane Sampaio (2021), havendo considerável interferência proveniente das ocorrências da Amazônia brasileira. Neste sentido, Sampaio (2021) relata a indignação da sociedade civil, por meio da porta-voz do Greenpeace, concernente às ações governamentais, haja vista, muito frequentemente, mesmo após mudança do ministro do Meio Ambiente, vislumbrar, tão somente, os lucros oriundos de um crescimento em que se percebe a natureza apenas como fornecedora de matéria prima.

[...] “Fica evidente que as ações necessárias por parte do Brasil para conter o desmatamento e as mudanças climáticas não virão deste governo, que está estacionado no tempo e ainda vê a floresta e seus povos como empecilho ao desenvolvimento”, disse, em nota, a porta-voz da campanha da Amazônia do Greenpeace, Cristiane Mazzetti. (SAMPAIO, 2021, online).

Essa visão materialista dificulta uma valoração ambiental adequada, pois muitas são as lacunas de conhecimento ambiental. ONGS, iniciativa privada, nacional e global, tentam estimar o valor da floresta, mostrando os benefícios e os custos do desmatamento, pois o desmatamento tem, como consequência direta, prejuízos ambientais que acabam refletindo no dia-a-dia do produtor, bem como de toda sociedade (FARIAS, et al, 2018).

Nesse prisma, ressalta-se ainda mais a estimada importância das vozes das artes como forma de luta contra o antropocentrismo que ainda impera na área do meio ambiente, inclusive como uma das matrizes do dispositivo constitucional. Assim como Jatobá letrou e musicou “Matança”, a interpretação, pela voz de Xangai eternizou

a preocupação com o efeito tardio em se tutelar a biodiversidade presente nas matas.

Cipó caboclo tá subindo na virola. Chegou a hora do pinheiro balançar, sentir o cheiro do mato da imburana, descansar, morrer de sono na sombra da barriguda. De nada vale tanto esforço do meu canto, pra nosso espanto tanta mata haja vão matar. Tal mata atlântica e a próxima amazônica, arvoredos seculares impossível replantar. Que triste sina teve cedro nosso primo. Desde de menino que eu nem gosto de falar. Depois de tanto sofrimento seu destino virou tamborete, mesa, cadeira, balcão de bar. Quem por acaso ouviu falar da sucupira. Parece até mentira que o jacarandá antes de virar poltrona, porta, armário, morar no dicionário, vida eterna milenar. Quem hoje é vivo corre perigo e os inimigos do verde, da sombra. O ar que se respira e a clorofila das matas virgens destruídas bom lembrar, que quando chegar a hora, é certo que não demora, não chama nossa senhora, só quem pode nos salvar é: caviúna, cerejeira, baraúna, imbuia, pau-d'arco, solva, juazeiro e jatobá, gonçaloalves, paraíba, itaúba, louro, ipê, paracaúba, peroba, massaranduba, carvalho, mogno, canela, imbuzeiro, catuaba, janaúba, aroeira, araribá, pau-ferro, anjico, amargoso, gameleira, andiroba, copaíba, pau-brasil, jequitibá. (JATOBÁ, 1981, s/p).

A ecologia política e crítica (SENA; MATOS, 2012), permeada pela educação transformadora, está presente como arcabouço teórico de movimentos sociais em prol do meio ambiente, nas lutas contra o desmatamento e as queimadas descritas nas letras de variadas músicas, como “Canção da Floresta”, de Sebastião Dias (2004) que, assim como “Matança”, traz resistências contra hegemônicas. Este último exemplo clama ao Homem a responsabilidade que lhe compete e enaltece a natureza como mãe de todos os seres vivos, incluindo-o

como meio ambiente e não como mero espectador e usuário dele. Ou seja, destaca a necessidade de perceber a natureza não apenas como recurso ambiental.

Outra letra de música que vislumbra a necessidade de uma ecologia política, no sentido das inter-relações com ecologia e movimentos sociais e, nesse sentido, vínculo interpretativo com o direito, como fenômeno jurídico, é Canção da Floresta (2004), de Sebastião Dias (2004), ao alertar que o próprio Homem tem ocasionado a devastação florestal:

Tombam árvores [...], queimam matas, ninguém vê que o futuro está perdido [...] alertem o mundo pra floresta não morrer. Devastação é um monstro que a natureza atropela. Essas manchas de queimadas, que hoje vemos sobre ela, são feridas que os homens fizeram no corpo dela. Use as mãos, mude uma planta, regue o chão, faça um pomar. Ouça a voz do passarinho, a floresta quer chorar. Quando os cedros vão tombando dão até a impressão, que os estalos são gemidos implorando compaixão [...]. O homem talvez procure pôr a culpa no machado [...] 'e por quem foi amolado?' Fauna e flora valem mais do valor que o ouro tem. A natureza é selvagem, mas não ofende ninguém. Ela é a mãe dos seres vivos, precisa viver também [...] limpem os rios [...] Floresta é palco de ave, museu de sonho e de flor (DIAS, 2004, s/p).

Não há, hodiernamente, como negar a relevância e urgência de um posicionamento crítico na ecologia e, nesse cerne, em prol da preservação e tutela do meio ambiente, inserindo o Homem na concepção de meio ambiente; é preciso enxergar-se como protagonista da situação alarmante em que se encontra a Amazônia brasileira, entre outras razões, em decorrência das queimadas e dos desmatamentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante a realidade de desmatamento e queimadas que apresentam inúmeras externalidades negativas, impactando danosamente a biodiversidade amazônica, e não apenas ela, conforme abordado anteriormente, há de se questionar cada vez mais a forma como o sistema econômico vem se sobrepujando sobre a tutela preservacionista do meio ambiente em prol do equilíbrio ambiental. Nessa vertente, a relevante luta de movimentos sociais, incluindo aqui os de cunho socioambientais, posto que todas as searas que envolvem o termo meio ambiente, concretizando os princípios indissociáveis meio ambiente, sociedade e economia, visam frear ou minimizar as consequências danosas do desmatamento e das queimadas utilizando, para tanto, de um instrumento de conscientização e resistência, qual seja, a arte. Por meio de letras de música como “Matança”, ainda se questiona a morte das florestas enquanto um resquício de mata houver e por meio da “Canção da Floresta” se ouve o apelo dela à responsabilidade do Homem, vez que preservar a natureza é preservar a própria espécie humana.

O desmatamento, em especial o ilegal, e as queimadas, ocasionam impactos negativos ao meio ambiente, desde o aumento dos gases poluentes, da repercussão no efeito estufa, na probabilidade de chuvas ácidas, na interferência na agricultura, nos índices econômicos, como reação em cadeia, na qualidade de vida da sociedade, no alarmante aspecto de saúde, ou ausência dela, proveniente da insurgência de cânceres entre outras doenças. Isto sem se olvidar em outro ponto que, em decorrência do recorte perquerido por este estudo, não foi tema de abordagem, que são as vidas diretas das populações tradicionais, como as ribeirinhas, os quilombolas e os indígenas, afetados diretamente pelos impactos relatados nesta pesquisa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para Consecução do Objetivo da Convenção-**Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima**. Itamaraty, 21 de setembro de 2016, p. 3. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf. Acesso em: 02/02/2022.

BRASIL. PRODES – AMAZÔNIA. **Coordenação-Geral de Observação da Terra**. 2021. Disponível em: <http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/prodes>. Acesso em: 05/08/21.

BUTLER, Rhett A. **Calculating Deforestation Figures for the Amazon**. 2020. Disponível em: https://rainforests.mongabay.com/amazon/deforestation_calculations.html. Acesso em: 10/02/22.

CARMO, Wanderley do; CARMO, Maria das Graças do. **Desmatamento, queimadas e ameaça de extinção da flora e fauna na Amazônia Brasileira**. 2019. Disponível em:

https://institutoideia.org/wpcontent/uploads/2020/06/Revista.Ideario.N15.02_2019.pdf#page=59. Acesso em: 06/02/22.

COPERTINO, Margareth et al. Desmatamento, fogo e clima estão intimamente conectados na Amazônia. **Cienc. Culto**. São Paulo, v. 71, n. 4, pág. 04-05, out. 2019. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252019000400002. Acesso em: 06/02/2022.

DIAS, Genebaldo Freire. **Queimadas e incêndios florestais: cenários e desafios: subsídios para a educação ambiental**. Brasília: MMA, Ibama, 2008.

DIAS, Sebastião: Canção da floresta. In: LOPES, R. Donos do Brasil (CD). Rio de Janeiro: Indie Records, 2004.

FARIAS, MHCS *et al.* **Impacto dos assentamentos rurais no desmatamento da Amazônia.** Mercator (Fortaleza), Fortaleza, v. 17, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mercator/a/vX44jWHVrCKV-QXsYjZ9kk6k/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 14/02/2022.

JATOBÁ, José Carlos Augusto. Matança. Intérprete: Xangai. In: **Qué Qui Tu Tem Canário?**. Rio de Janeiro: Kuarup Discos, 1981. LP/CD. Faixa 7.

MASCARO, Alysso Leandro. **Introdução ao estudo do direito.** 8. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

PASSARINHO, Nathalia. COP26: Brasil promete reduzir emissões pela metade até 2030 e zerar desmatamento 2 anos antes. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59065366>. Acesso em: 04/03/2022.

SAMPAIO, Cristiane. **Inpe: Amazônia tem aumento de 21,97% no desmatamento em 2021.** Brasil de Fato | Fortaleza (CE). 19 de Novembro de 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/11/19/inpe-amazonia-tem-aumento-de-21-97-no-desmatamento-em-2021#:~:text=Foram%20desmatados%2C%20ao%20to-do%2C%2013.235,registrado%20m%C3%A9dia%20de%207.458%20km%C2%B2>. Acesso em: 04/03/2022.

SENA, Augusto Marcos Carvalho. MATOS, Fátima Regina Ney. Vozes sem eco entoadas no Nordeste do Brasil: construtos de resistência à degradação ambiental. **Cadernos EBAPE.BR.** v. 10, nº 3, opinião 6, Rio de Janeiro, Set. 2012. p.769–778. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/3mkkFGfN3HSqpGKTZBMdwvb/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 10/02/2022.

SGARBI, Adrian. **Curso de Teoria do Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SOARES, Tailândia de Oliveira *et al.* **Impactos ambientais causados pelo desmatamento**: uma revisão sistemática da literatura. 2019. Disponível em: https://desafioonline.ufms.br/index.php/sameamb/article/view/7675/pdf_82. Acesso em: 17/02/2022.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Direito e música: aproximações para uma razão sensível. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano, 2014. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/58741025/Direito_e_Musica__Aproximacoes_para_uma_razao_sensivel-with-coverpagev2.pdf?Expires=1644973252&Signature=R705rHze0FrKrdybpcQZ6kTG90rW4xVMfmi6twl6NzITexcFX7ArE~RMkpXftxCR~qzKNZreeTFAPp1wN8Dvz13UArRHY4aCNftkGQMcsF4VD-5ckNfVsPqAzWv966lycJ8kjo1jOsrPegqWStR7XLNkBZbCjxZqqWm-6TUkkwB2B~aZ9vSph1xdTli8sPkfSOcCu~WWO3BJO23zCmSD-1vPH-cDLttG3HEQ5Y5ImawmjwEM1CtsZvuSVhhLIQkcke88K16wfoYK-dy2IvdEurkcGT~MCwrHSqEAYfDwhyA8eGT0ALITZMN5JQN9xSjidIfR0bowzFHOo-xKUK3A__&Key-PairId=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 02/02/2022.

VILHAÇA, Iara de Carvalho. Arte-educação: a arte como metodologia educativa. **Cairu em Revista**. Jul/Ago 2014, Ano 03, n° 04, p. 7 4-85. Disponível em: https://www.cairu.br/revista/arquivos/artigos/2014_2/05_ARTE_EDUCACAO_METODOLOGIA_EDUCATIVA.pdf. Acesso em: 02/02/2022.

DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A DECISÃO DO STJ PROFERIDA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL Nº 1.741.849

Danielle Caroline Campelo Silva¹

Diana Alves de Lima Vieira²

INTRODUÇÃO

As primeiras instituições familiares tinham o casamento e a procriação como fim em si, onde a religião e a figura do homem se sobressaíam como o patriarca responsável pela família. Os filhos, por sua vez, só seriam assim considerados se fossem havidos do casamento, onde recebiam a denominação de filiação legítima. Da mesma forma, não se vislumbrava o vínculo proveniente do afeto.

Sucedese que, a família precisou evoluir com o passar dos anos para se adaptar as sociedades e suas necessidades em cada época. Desta forma, ocorreram mudanças nas legislações e entendimentos jurídicos, com intuito de adequação com a realidade.

Nesse sentido, no Brasil o advento da Constituição Federal de 1988 trouxe para o Direito de Família consideráveis alterações, inclusive no que tange a relação paterno-filial, consagrando a igualdade entre os filhos. A partir disso, o valor jurídico do afeto se intensifica, baseando-se na posse de estado do filho e na diferenciação de pai e genitor. Sendo assim, a família antes oriunda tão somente do matrimônio e do vínculo genético, passa a considerar o afeto em suas relações.

1 Advogada e professora do Curso de Direito 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 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Faminas – Muriaé. Email: dianaalves07@hotmail.com

Com esse cenário, questiona-se se, uma vez existente a paternidade, a posterior consciência de que não existe o vínculo biológico, enseja a desconstituição da paternidade em detrimento da paternidade socioafetiva já constituída com o decorrer dos anos. Especificamente, será observada a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial N° 1.741.849 que determinou a desconstituição da paternidade socioafetiva. Visa-se, portanto, correlacionar a deliberação judicial com a possibilidade ou não da desconstituição da paternidade socioafetiva, a partir do entendimento majoritário dos doutrinadores e Tribunais brasileiros, tendo em vista a importância do vínculo afetivo, bem como o melhor interesse dos filhos.

A EVOLUÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Destaca-se, a priori que as famílias antigas não possuíam o afeto como fundamento essencial, de modo que opiniões que não fossem a do patriarca da família, que era o detentor do patrimônio, não seriam consideradas. Sobre isso (COULANGES, 1961, p. 35) expõe que “os historiadores do direito romano, tendo justamente notado que nem o afeto, nem o parentesco eram o fundamento da família romana, julgaram que tal fundamento devia residir no poder do pai ou do marido.”

Sendo assim, em tempos remotos, falar de família, inclusive no Brasil era, automaticamente, associar ao casamento entre homem e mulher, a partir do qual viriam os filhos, e esses por sua vez, seriam assim considerados se tidos no casamento. Na mesma toada, a religião também tinha um viés indispensável para as famílias, onde a Igreja era quem ditava as normas, sendo uma espécie de Estado ao qual a sociedade se submetia.

Tal entendimento, só veio a mudar com a passar dos anos, sendo um importante marco, a Revolução Industrial no Brasil, haja vista que com as novas exigências da sociedade, muda-se também sua estrutura. Sendo assim, a mulher que antes era subordinada ao

homem e encarregada das funções domésticas, passa a trabalhar fora, o que por conseguinte diminuiu a característica da reprodução e das famílias com muitos filhos.

Desta forma, a percepção do que é família foi se modificando em consonância com as sociedades de cada época, alterando, por conseguinte as leis e entendimentos jurídicos, de modo que atualmente não há a obrigação da existência de um casamento e dos filhos deste matrimônio, para que se configure uma família, afastando a visão patriarcal e hierárquica de antes. Os filhos passam a ter direito ao reconhecimento, bem como direitos alimentícios e sucessórios, independentemente da origem.

Portanto, no que tange à paternidade, insta destacar que com o advento da nova Constituição Federal, restou garantido o direito da igualdade entre os filhos, conforme disposição do artigo 227, §6º (BRASIL, 1988), que assegura iguais direitos e qualificações aos filhos, inclusive os não havidos do casamento ou por adoção.

Ademais, o Código Civil de 2002, também garante o tratamento igualitário entre os filhos em seu artigo 1.596, quando disciplina que: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2002). Disposição semelhante também pode ser encontrada no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

A Constituição afastou interesses que não fossem o compartilhamento de vida e afeto com fundamento da relação paterno-filial, quando dispõe que todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem. Sendo assim, ao proibir a distinção entre os filhos biológicos ou não biológicos, reforçou a figura dos filhos do afeto desenvolvido no dia a dia (LÔBO, 2020).

Destarte, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, a relação de paternidade socioafetiva foi contemplada, momento em que as definições de pai e filho vão para além da relação genética ali existente, mas consideram ações inerentes

a paternidade, o criar de fato o filho, participando efetivamente de sua vida.

A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL E SUAS FORMAS

Por filiação, pode-se entender como o vínculo existente entre pai e filho. “Filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é titular de autoridade parental e a outra a esta se vincula pela origem biológica ou socioafetiva” (LÔBO, 2020, p. 224).

Conforme exposto, com o advento da Constituição Federal de 1988, os filhos sejam biológicos, afetivos ou adotivos, ganharam igualdade de direitos, portanto, não mais se admite distinção entre eles, tão pouco se utiliza as definições filho legítimo ou ilegítimo, como antigamente. Nesse sentido, tem-se que a relação paterno-filial pode ser biológica, registral, jurídica ou socioafetiva.

No que tange à filiação ou paternidade biológica, entende-se como aquela é que há vínculo biológico ou genético. Assim, a instituição do exame de DNA, em meados de 1990, foi de suma importância para que se buscasse cada vez mais a verdade real, no que tange à relação paterno-filial.

A filiação registral, por sua vez, surge com o registro de nascimento, conforme disposição do artigo 1.603 do Código Civil. Ato contínuo, o artigo 1.604 do Código Civil (BRASIL, 2002), determina que, havendo o registro de nascimento, há também presunção de veracidade com relação à paternidade, que só será modificada caso haja erro ou falsidade do registro. Todavia, ainda que haja erro ou falsidade do registro, a desconstituição só se dará mediante prova de inexistência de vínculo socioafetivo (DIAS, 2016).

A filiação ou paternidade jurídica, é a prevista no Código Civil (BRASIL, 2002) no artigo 1.597, onde se vê a relação paterno-filial por

presunção, sendo considerados filhos os concebidos na constância do casamento nos casos dos incisos do artigo supracitado.

Lado outro, o artigo 1.593 do Código Civil (BRASIL, 2002), ao dispor sobre as hipóteses de parentesco, traz a expressão “ou outra origem” e daí se pode vislumbrar a filiação de origem socioafetiva.

Desta forma, o vínculo socioafetivo é escolhido pelos envolvidos e construído dia após dia. Isto é, a paternidade afetiva é vista a partir na noção de exercer a função paterna dia a dia, com todos os seus desdobramentos.

A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Atualmente, a paternidade socioafetiva, consubstanciada no afeto, é entendida a partir da escolha de conviver e nutrir o referido vínculo, que vai para além da ligação genética. Desta forma, é relevante diferenciar a figura de genitor e de pai, haja vista que este, ainda que não possua ligação biológica, é quem cria, educa, proporciona afeto e proteção ao filho.

Nesse sentido, as relações socioafetivas “inscrevem-se na realidade segundo a qual uma pessoa é recepcionada no âmbito familiar, sendo neste criada e educada, tal como se da família fosse” (FACHIN, 2004, p. 18).

João Baptista Villela (1979) foi o pioneiro na preocupação com a desbiologização da paternidade, e entendia que o serviço e o amor deveriam prosperar em detrimento da procriação, haja vista entender pelo esvaziamento biológico da paternidade para que afetividade fosse também considerada.

Nesse sentido, a chamada verdade biológica, permanece no Código Civil vigente (BRASIL, 2002), juntamente com a verdade jurídica, tendo em vista que atualmente é possível a realização exame de DNA para os casos em que haja dúvida sobre a paternidade ou maternidade.

Afasta-se, portanto, a primazia da paternidade biológica antes existente, por conseguinte, diferencia-se pai de genitor, sendo certo que por vezes a verdade afetiva sobressai sobre a verdade biológica.

Sendo assim, o vínculo genético, quando afastado do afeto e convivência, será tão somente um acaso da natureza, um descuido não desejado que culmina em rejeição, isto é, não há que se considerar genitor ou genitora, os pais que em momento algum desejaram exercer as funções pessoais, sociais e morais a eles inerentes (MADALENO, 2021).

Desta feita, a figura de pai e genitor se distingue, na medida em que este foi quem gerou, e aquele é quem efetivamente, cuida, educa e auxilia seu filho. Sendo assim, “Pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o que gera. Se, durante muito tempo por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos -, confundiam-se essas duas figuras, hoje é possível identificá-las em pessoas distintas” (DIAS, 2016, p. 667).

Nesse sentido, atualmente consagrou-se a paternidade socioafetiva, consubstanciada a partir da posse de estado do filho, conforme se verá a seguir, por meio de uma construção de afeto.

A POSSE DE ESTADO DO FILHO E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Ainda que a legislação brasileira não fale expressamente em paternidade socioafetiva, a doutrina e a jurisprudência a prestigiaram, sendo ela caracterizada pela posse de estado do filho, onde se tem o estado de filiação efetivamente demonstrado, para além da paternidade biológica, mas por meio dos laços de afeto.

Desta forma, fica caracterizada a posse de estado de filho quando pai e filho agem como tal, independente de vínculo biológico entre eles. Assim, confirma-se a filiação socioafetiva, posto que nada é mais apreciável do que ser reconhecido e tratado como filho pela família e sociedade (RIZZARDO, 2021).

Ademais, para a verificação da posse do estado do filho, Maria Berenice Dias (2016) e Paulo Lôbo (2020) apontam três elementos devem ser observados, quais sejam: o nome, o trato e a fama. Desta forma, surge uma relação-paterno filial, independentemente de haver vínculo biológico, onde para a sociedade é visível a relação entre pai e filho e essa é a vontade dos envolvidos.

Portanto, entende-se por nome (*nominatio*), quando os filhos passam a utilizar o sobrenome dos pais, restando evidente o pertencimento àquela família. O trato (*tratactus*), a seu tempo, diz respeito ao tratamento dispensado entre pais e filhos, consubstanciado no companheirismo, respeito e cuidados mútuos. A fama (*reputatio*), por sua vez, passa a existir quando a relação paterno filial é vista socialmente, onde o filho e o pai assim se apresentam e assim são reconhecidos. Ressalta-se, por oportuno que, apesar de serem três os elementos, nem sempre eles estarão presentes simultaneamente a depender do caso concreto, e isso não afasta a posse de estado do filho (LÔBO, 2020).

Portanto, os elementos caracterizadores da posse de estado do filho serão observados em cada caso concreto, de forma em que não se pode afastar a sua importância.

Sabe-se que os com a evolução da coletividade, mudam-se também as leis e os entendimentos dela advindos. Sendo assim, as decisões dos julgadores podem mudar a depender da época, contexto e até mesmo região. Ante todo o exposto, importante se faz observar como alguns Tribunais vem decidindo processos que dizem respeito a paternidade socioafetiva.

Sendo assim, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em julgados recentes, decidiu que:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO. PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE E INTEMPESTIVIDADE. REJEIÇÃO. EXAME DE DNA. EXCLUSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. VÍCIO

DE CONSENTIMENTO. AUSÊNCIA. INFANTE SOB OS CUIDADOS DO PAI REGISTRAL DESDE O NASCIMENTO. RELAÇÃO DE PARENTESCO SOCIOAFETIVO EVIDENCIADA. DIREITO PERSONALÍSSIMO DO MENOR À ESTABILIDADE DO SEU ESTADO DE FILIAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DO ASSENTO QUANTO À PATERNIDADE. RECURSOS INTERPOSTO POR J.N. E F.L.S. CONHECIDOS E PROVIDOS.

(...)

6. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para ser possível a anulação do assento de nascimento, notadamente se a pretensão se mostrar em rota de colisão com o direito personalíssimo do menor à estabilidade do seu estado de filiação - elemento fundamental na formação da identidade de todo e qualquer ser humano -, mais do que a prova de ausência de liame genético aliada à circunstância de o pai ter sido induzido a erro, ou ainda, coagido a se apresentar nessa condição ao Registrador mesmo com dúvidas sobre ser ou não o genitor da criança, é imprescindível a constatação de inexistência de relação socioafetiva.

7. Comprovado nos autos que o pai registral é quem, desde o nascimento da criança, responsabiliza-se por sua assistência material, moral e educacional, além de suprir-lhe todas as necessidades inerentes ao seu bem-estar e desenvolvimento sadio, não pesando contra si denúncias de maus-tratos, negligência, ou qualquer outra conduta desabonadora para com a criação do infante, a improcedência do pedido de anulação do assento de nascimento quanto à paternidade, por força do parentesco socioafetivo e do direito do menor à estabilidade do seu estado de filiação, é medida que se impõe. (TJMG - Apelação Cível 1.0701.17.012551-5/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/08/2021, publicação da súmula em 10/08/2021) (grifo das autoras).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entende que, no caso de não haver vício quando do registro do filho, consubstanciado em erro, dolo, simulação ou fraude, ainda que um exame de DNA posterior determine a inexistência de vínculo biológico, não é justificável a desconstituição da paternidade, quando já consolidado o vínculo socioafetivo, conforme expõe o julgado abaixo:

EMENTA: AÇÃO NEGATÓRIA DE *PATERNIDADE*. REGISTRO CIVIL. VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO-DEMONSTRADO. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1.609 do CCB). 2. A anulação do registro, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 3. Se o autor registrou o réu como filho, pois convivia com a genitora dele, e se nada depõe contra a conduta dela, havendo apenas comentários de que o réu poderia não ser filho dele, gerando dúvida no autor, o simples fato de não ter o filho, que é maior e capaz, contestado a ação e comparecido para se submeter ao exame de DNA, não justifica a *desconstituição* do liame parental, pois é possível que exista o liame biológico e o pedido foi formulado com o propósito de “acabar com a suspeita”, sendo que o transcurso de mais de duas décadas teve o condão de consolidar o vínculo *socioafetivo*, ainda que hoje possa não mais haver a mesma afetividade de quando convivia com a genitora dele. 4. Não ficando comprovado que o autor registrou o filho por ter sido induzido a erro, não havendo qualquer vício no ato jurídico de reconhecimento de filiação, improcede a ação anulatória do registro civil. Recurso desprovido. (Apelação Cível, Nº 70081954455, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 30-10-2019)

Certo é que, as decisões acima expostas, de certa forma representam recortes de entendimentos a respeito do assunto, mas que em sua maior parte coadunam para o entendimento de impossibilidade de desconstituição do vínculo socioafetivo, ainda que posteriormente seja evidenciado a inexistência do vínculo biológico, o que se entende como a decisão mais acertada, posto demonstrarem maior preocupação com os filhos e visa a permanência do estado de filiação já existente.

O RECURSO ESPECIAL Nº 1.741.849 E A DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

O Recurso Especial nº 1.741.849, foi julgado no ano de 2020, em Ação Negatória de Paternidade interposta pelo genitor em face de suas duas filhas. Em sentença, o juiz entendeu que a paternidade deveria ser desconstituída tão somente com relação a uma filha, em que pese com o exame negativo com relação a ambas, entendeu-se que com relação a uma das filhas existia paternidade socioafetiva. Ambas as partes apelaram, e o acórdão proferido pelo TJSP, determinou que a paternidade socioafetiva deveria ser mantida com relação às duas filhas, que tiveram o recurso provido. Todavia, o autor decidiu recorrer ao STJ pedindo a desconstituição com relação as duas. Confira-se a ementa do julgado:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. ERRO SUBSTANCIAL NO REGISTRO CIVIL CONFIGURADO. FILHOS CONCEBIDOS NA CONSTÂNCIA DE VÍNCULO CONJUGAL COM POSTERIOR DESCOBERTA, POR EXAME DE DNA, DA AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO EM RELAÇÃO AOS FILHOS. PRESUNÇÃO DE ERRO QUANDO AUSENTE DÚVIDA SÉRIA OU RAZOÁVEL ACERCA DO DESCONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DE

VÍNCULO GENÉTICO. ERRO SUBSTANCIAL NO REGISTRO CIVIL QUE NÃO EXCLUI A NECESSIDADE DE INVESTIGAÇÃO DOS VÍNCULOS SOCIOAFETIVOS. LONGA CONVIVÊNCIA ENTRE PAIS E FILHOS QUE DEVE SER SOPESADA COM A SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DE SOCIOAFETIVA POR LONGO PERÍODO, EM DECORRÊNCIA DO ROMPIMENTO ABRUPTO E DEFINITIVO DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA FICCIONAL DE PARTE A PARTE.

IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ADERÊNCIA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS ÀS RELAÇÕES HUMANAS E SOCIAIS.

(...)

2- O propósito recursal é definir se o genitor biológico foi induzido em erro ao tempo do registro civil de sua prole e se, a despeito da configuração da relação paterno-filial socioafetiva por longo período, é admissível o desfazimento do vínculo registral na hipótese de ruptura superveniente dos vínculos afetivos.

3- É admissível presumir que os filhos concebidos na constância de um vínculo conjugal estável foram registrados pelo genitor convicto de que realmente existiria vínculo de natureza genética com a prole e, portanto, em situação de erro substancial, especialmente na hipótese em que não se suscitam dúvidas sérias ou razoáveis acerca do desconhecimento da inexistência de relação biológica pelo genitor ao tempo da realização do registro civil.

4- Mesmo quando configurado o erro substancial no registro civil, é relevante investigar a eventual existência de vínculos socioafetivos entre o genitor e a prole, na medida em que a inexistência de vínculo paterno-filial de natureza biológica deve, por vezes, ceder à existência de vínculo paterno-filial de índole socioafetiva. Precedente.

5- Hipótese em que, conquanto tenha havido um longo período de convivência e de relação filial

socioafetiva entre as partes, é incontroverso o fato de que, após a realização do exame de DNA, todos os laços mantidos entre pai registral e filhas foram abrupta e definitivamente rompidos, situação que igualmente se mantém pelo longo período de mais de 06 anos, situação em que a manutenção da paternidade registral com todos os seus consectários legais (alimentos, dever de cuidado, criação e educação, guarda, representação judicial ou extrajudicial, etc.) seria um ato unicamente ficcional diante da realidade.

6- Recurso especial conhecido e provido.
(REsp 1741849/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJE 26/10/2020) (grifo das autoras).

Conforme exposto, os Ministros deram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto da Relatora, onde reconheceram que houve presunção de erro substancial no registro civil, visto que não havia dúvida séria ou razoável sobre a inexistência do vínculo biológico quando do registro das filhas que foram concebidas na constância do casamento.

Sendo assim, somente após alertas de vizinhos e pessoas próximas no ano de 2013, o recorrente decidiu realizar exame de DNA para comprovar a paternidade, que reconheceu a inexistência de vínculo genético entre pai e filhas.

Aduziram os Ministros que a inexistência do vínculo biológico não afasta a possibilidade de existir a paternidade socioafetiva, mas, no caso concreto, entenderam que houve um abrupto e definitivo rompimento da relação paterno-filial desde a realização do exame. Por conseguinte, depreenderam que a manutenção da paternidade registral não corresponderia com a realidade, e tratar-se-ia apenas de uma ficção, posto que as partes deixaram de conviver a partir de então.

Dito isso, ao olhar para a desconstituição da paternidade, importante de faz observar como as filhas e o pai registral são atingidos com a decisão.

No que tange as filhas, primeiramente cumpre destacar que na data da decisão as jovens contavam com 18 e 15 anos, sendo certo que quando da propositura da demanda tinham 12 e 9 anos de idade e desejaram manter a relação e interpuseram recurso ao Tribunal de São Paulo. Todavia, o pai estava convicto da desconstituição.

Insta salutar que foi o recorrente quem as criou, desde o nascimento, bem como durante a primeira infância, ensinou valores, educou e efetivamente conviveu com as filhas. Ocorre que, com a retro decisão, deixaram as recorridas de serem herdeiras, assim como não terão direitos à alimentos, perdem o sobrenome e toda a família paterna que até então possuíam. De certo, as recorridas, que sempre foram reconhecidas como filhas, a partir da conclusão do exame passam a ter o maior dos prejuízos, que é perda do pai.

Lado outro, o pai, que interpôs o Recurso Especial, fundamentou o pedido no artigo 1.604 do Código Civil (BRASIL, 2002), alegando ter registrado ambas as filhas em erro. Destacou ainda que desde o ano de 2014, quando o exame de DNA apontou a inexistência de vínculo genético, deixou de existir contato entre as partes e por conseguinte, a socioafetividade.

Entende-se que o pai tem o direito personalíssimo de questionar a paternidade, bem como traz consigo o sentimento de deslealdade e infidelidade de quando descobre que foi traído pela ex-esposa. Todavia, a reputação ou interesse dos pais não é mais importante do que o estado de filiação, de forma que ainda que haja a confissão de adultério, isso não corta o vínculo de paternidade (LÔBO, 2020).

Ademais, existe a possibilidade de responsabilizar a mãe das recorridas, por meio de um ressarcimento moral, por exemplo, mas não as filhas, que nada tem a ver com as decisões de sua genitora.

Sendo assim, a família compreendida no aspecto do afeto, traz consigo a paternidade responsável como indispensável no âmbito familiar, exigindo dos pais a não omissão de cuidado e carinho para com seus filhos, o que influencia no desenvolvimento pleno e sadio do indivíduo (DIAS, 2016), conforme determina a Constituição Federal vigente.

Ressalta-se que ideais de uma paternidade não podem ser padronizados, haja vista que existem pessoas que expressam afeto de diferentes maneiras, e nem por isso tal paternidade deixará de existir. Desta forma, não deixa de ser pai aquele que ainda que com um temperamento mais frio e distante, inerentes a sua personalidade, contribui para a criação e direcionamento de seu filho (MADALENO, 2021).

Certo é que, os princípios do melhor interesse e da proteção integral à criança e ao adolescente, preconizam um olhar especial para estes, de forma que as decisões que as envolvem, devem, sempre que possível, preservá-las.

A I(M)POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Uma vez consolidada a paternidade socioafetiva, discute-se se é possível que ela seja desconstituída. Conforme apresentado, no caso em tela, havia o vínculo socioafetivo, que segundo alega o recorrente, foi abruptamente rompido. Portanto, ainda que o resultado do exame de DNA não tenha sido positivo, por anos pai e filhas se reconheciam como tal. Ademais, até a decisão final do STJ, 6 anos se passaram, e não havia por parte do pai o interesse na convivência, e por isso houve a desconstituição, por entenderem os Ministros que tratar-se-ia de uma paternidade fictícia.

A título de exemplo, em uma ação em que o contestante declare não ser o pai no contestado, uma vez demonstrada a existência de posse de estado de filho, a sentença não deverá ser procedente, ainda que o exame de DNA seja negativo. Lado outro, se comprovado que jamais existiu vínculo socioafetivo, o pedido deve ser acolhido (FUJITA, 2011).

Além disso, posto serem prevalecentes a paternidade afetiva e o melhor interesse do filho enquanto menor, ninguém, nem mesmo o Estado pode impugná-la para priorizar a paternidade biológica, sem que isto quebre a Constituição e o Código Civil (LÔBO, 2020).

Nesse sentido, ainda que seja um caso sensível, proveniente de deslealdade entre os pais, entende-se que não podem ser os filhos afetados ou vítimas de ressentimento entre adultos, devendo ser mantido sempre em foco a criança e o melhor cenário para ela.

No caso em tela houve o rompimento unilateral da convivência, de forma que não se pode afastar as necessidades das filhas que não mais terão o apoio familiar paterno. Desta forma, o suposto rompimento do convívio do pai, não é suficiente para ensejar a desconstituição, que certamente não aconteceria nos comuns casos em que pais, ainda que biológicos não convivem com os filhos, mas que nem por isso deixam de arcar com suas obrigações alimentares, por exemplo, e caso ingressassem em juízo pleiteando a desconstituição da paternidade, certamente não teria seu pedido deferido.

Outrossim, em trecho do REsp nº 1.741.849 (BRASIL, 2020) a Ministra Relatora fundamenta sua decisão aduzindo que: “(...) especialmente porque as recorridas possuem hoje, respectivamente, 18 e 15 anos de idade e têm, ambas, o direito de buscar as suas respectivas verdades biológicas.”

De fato, ambas as filhas têm o direito de procurar quem é o pai biológico, ocorre que, não se pode apagar tudo que viveram com o recorrente, que para elas foi o pai quem criou, desde o nascimento, durante a primeira infância, ensinou valores e compartilhou os ensinamentos no dia a dia, de forma que os requisitos da posse de estado de filho, quais sejam, nome, tratamento e fama, sempre estiveram preenchidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, buscou promover um tratamento igualitário aos filhos, qualquer que seja o seu limiar, considerando, portanto, a filiação adotiva e afetiva sem qualquer discriminação com relação a biológica. Nesta toada, o Código Civil vigente, trouxe expressamente no artigo 1.593 (BRASIL, 2002), o entendimento de que

o parentesco poderá ser consanguíneo ou de outra origem, de forma em que a relação paterno-filial pautada no afeto está abrangida.

Desta forma, a família atual valoriza os laços de afeto, percebidos a partir da posse de estado de filho, que por sua vez resta caracterizada pelo nome, trato e fama na relação. Sendo assim, para análise de casos que envolvem a afetividade, a doutrina e a jurisprudência indicam que os requisitos supracitados sejam observados no caso concreto, sendo certo que ambas, majoritariamente, consideram não ser possível a desconstituição, uma vez que já foi consolidada a socioafetividade, isto porque poderia haver violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente no que concerne aos filhos desconstituídos.

Em ações com este intuito, exige-se a presença de um vício de consentimento no registro, podendo ser erro, dolo ou coação, que modificam a realidade, diferente do que ocorre quando alguém, de forma voluntária, registra como seu, filho que sabe não ser. Todavia, ainda que haja alegação de induzimento a erro, por exemplo, não se pode afastar a possibilidade de existir a paternidade socioafetiva.

No julgamento do REsp nº 1.741.849, os Ministros entenderam que houve o erro, bem como que, após o exame de DNA afastar o vínculo biológico, houve um rompimento da convivência, que somados fizeram com que eles entendessem pela desconstituição da paternidade socioafetiva.

Com a decisão, as duas jovens, até então filhas do recorrente, perderam todo o núcleo familiar paterno, assim como direitos alimentares e sucessórios, ainda que contra a sua vontade, fazendo surgir questionamentos.

Por vezes, os laços socioafetivos são maiores que os biológicos, portanto, após anos de uma paternidade exercida, faz sentido um exame negativo significar a sua desconstituição? A paternidade socioafetiva não deve ser excluída porque o posterior DNA teve resultado negativo, quando já há o afeto entre pai e filho, que por sua vez foi construído voluntariamente entre eles.

Diferente poderia ser o entendimento, no caso em que o filho ainda é uma criança em tenra idade, onde é possível o liame socioafetivo não tenha sido construído. Todavia, no caso concreto, as filhas já são jovens, ainda em desenvolvimento e construção de ideais e personalidade, sendo inconcebível dissociar os danos emocionais e psicológicos que podem ter surgido.

De certo, não se pode obrigar ninguém a possuir afeto por outrem, lado outro, devem as filhas sofrer as consequências de um erro da mãe? Não, bem como entende-se que o vínculo de filiação se sobrepõe a problemas conjugais, de forma que não podem os filhos, que deveriam ser afastados do problema, arcarem com ele. Ademais, não se pode afastar da realidade de que se a paternidade biológica e adotiva não é desconstituída, não é igualitário pensar na desconstituição da paternidade socioafetiva quando preenchidos os requisitos para tanto.

Em suma, tem-se que, deve ser sempre observada afetividade e a posse de estado de filho nas relações paterno-filiais, de forma que o Judiciário deve agir sempre visando o melhor interesse da criança e do adolescente a fim de preservar a dignidade da pessoa humana e afastando o tratamento desigual entre os filhos, conforme determina a Constituição Federal vigente, bem como, deseja-se que o socioafetividade seja cada vez mais recepcionada pela sociedade e pelo ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 1988. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1741849/SP**. Recorrente: P H DA S. Recorrido: E G DA S. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA. Acórdão publicado em: 26/10/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801157476&dt_publicacao=26/10/2020. Acesso em: 21 fev. 2022.

COULANGES, Numa-Denys Fustel. **A Cidade Antiga** (1830-1889). Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – 4 ed. – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII (arts. 1.591 a 1.638): do Direito de Família, do direito pessoal, das relações de parentesco** – 2. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FUJITA, Jorge Siguemitsu. **Filiação**– 2ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: volume 5: Famílias**. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de. **Apelação Cível 1.0701.17.012551-5/001**. Apelantes: Jessica Neves e outros. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator(a): Des. (a) Bitencourt Marcondes, 19ª CÂMARA CÍVEL. Acórdão publicado em 10/08/2021. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0701.17.012551-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 16 fev. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do. **Apelação Cível Nº 70081954455**, Sétima Câmara Cível. Apelante: P.M. Apelado: P. F.R.S.M. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Publicado em 01/11/2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70081954455&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 15 fev. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VILELLA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 27, nº 21, p. 400-418, maio, 1979.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA ACEPÇÃO DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*André Precci Gurgel Lopes*¹

INTRODUÇÃO

O artigo 1º do Código Civil Brasileiro de 2002 enuncia: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Em modo contínuo, o mesmo dispositivo divide, em seus Títulos I e II, as disposições concernentes à pessoa natural e à pessoa jurídica, respectivamente. À leitura dos mencionados títulos, de plano, pode-se conferir as previsões concernentes a garantia legal às pessoas jurídicas e naturais no que concerne às suas responsabilidades no ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, deve-se pontuar que, para a existência de uma sociedade institucionalmente harmônica, é de suma importância a consciência de toda a coletividade para com os direitos que se pode gozar. No escopo de aperfeiçoar esta produção, o estudo será direcionado à abordagem dos direitos da personalidade, atualmente resguardados pelo Código Civil de 2002 do artigo 11 ao 21, e a sua aceção às pessoas jurídicas.

Os direitos personalíssimos são ricos de material doutrinário no ordenamento jurídico brasileiro, sendo estes abordados em obras de importantes autores contemporâneos. Sob essa ótica, obras de Caio Mário da Silva Pereira (Professor Emérito da UERJ e da UFMG), Maria Helena Diniz (Professora Titular da PUC-SP), Washington de Barros Monteiro (Professor Emérito da FDUSP) e Carlos Roberto Gonçalves (Professor, escritor e desembargador aposentado brasileiro), titulares

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Faminas - Muriaé. Email: andreprecci@hotmail.com

de importantes manuais de Direito Civil que, de maneira exímia, explanam os direitos pontuados, serão abordados com o escopo de elucidar e decifrar os embates promovidos pela aceção ou não dos direitos personalíssimos da pessoa jurídica no Brasil ao longo do tempo.

DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS

De plano, insta consignar que o fenômeno da existência da pessoa jurídica é explicado por duas teorias: a Negativista e a Afirmativista (FARIAS, 2015, p. 339). Para a corrente negativista, as pessoas jurídicas não poderiam ser sujeitos de direito, pois negam a existência real da mesma. Por outro lado, os pensamentos afirmativistas compreendem que tal tutela, conferida a esses entes, é admissível, uma vez que entendem terem as pessoas jurídicas existência social, não irreais como propunham os negativistas.

No mesmo diapasão, encontra-se a Teoria da Realidade Objetiva (CÂMARA, 1985, p.356), que define a pessoa jurídica como uma realidade viva, semelhante à pessoa natural. Esses entes, portanto, possuiriam um corpo que administra e mantém a entidade em contato com o mundo; dispõe que também possuem um *ánimus* (vontade), que é manifestado pelas associações e sociedades, como a vontade do grupo que a compõe e, nas fundações, pelo *ánimus* de seu criador.

Por outro lado, situa-se a Teoria da Realidade Técnica (CÂMARA, 1985, p.356), que compreende a pessoa jurídica como produto da técnica jurídica, porém real, devido a sua atuação social e, assim, com sua personificação operada por uma construção jurídica. Dessa forma, a pessoa jurídica não seria considerada uma realidade objetiva, haja vista que decorre de uma realidade técnica, diante de uma situação concreta. Essa é, inclusive, a corrente adotada pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

A matéria doutrinária utilizada como objeto de pesquisa neste artigo aborda a existência de direitos da personalidade às pessoas jurídicas, de modo a observarem, em maior concordância, a Teoria

da Realidade Técnica. Destarte, ao vislumbrar a previsão dos direitos da personalidade da pessoa natural, abordadas do artigo 11 ao 21 do Código Civil de 2002, faz-se fundamental a percepção de que estes também, à vista do mencionado regimento, compreendem a pessoa jurídica, como assegurado pelo art. 52: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Ainda, ressalva-se que, no intento de mitigar advindas divergências sobre a existência de tal direito aos entes morais, o STJ estabeleceu a Súmula 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”.

Em contrapartida, é importante destacar que, embora a tutela dos direitos de personalidade às pessoas jurídicas ser resguardada pelo ordenamento jurídico brasileiro, há um Enunciado do Conselho da Justiça Federal (CJF) que contraria essa proteção civil a essa categoria de pessoa. Trata-se do Enunciado n. 286 do CJF, proveniente da IV Jornada de Direito Civil: “Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos.”.

Entretanto, à análise do mencionado entendimento, serão examinados argumentos que apontam que as pessoas jurídicas podem, sim, ser titulares de direitos da personalidade e previsões do ordenamento jurídico brasileiro que garantem o equívoco do Enunciado 286 do CJF. Assim, no escopo de debater as linhas e entendimentos análogos ao do mencionado Enunciado, cabe destacar, breve e introdutoriamente, o ponto de vista do Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ruy Rosado de Aguiar, que, ainda sob vigência do Código Civil de 1916, em julgamento do Recurso Especial N. 60.033-2-MG, assim considerou:

Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendido com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, autoestima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra

objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto que a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua. (STJ, 4ª T., REsp 60.033-2-MG, rel, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 9.8.1995, DJ 27.11.1995)

Por tudo isso, tendo em vista o caráter paradigmático desta discussão, é imprescindível a realização de uma análise minuciosa sobre a incidência do direito personalíssimo à pessoa jurídica e a validade do entendimento já existente em épocas anteriores à instituição do Código Civil de 2002.

DAS ACEPÇÕES DOUTRINÁRIAS NO BRASIL - CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

Axiomaticamente, quaisquer discussões oriundas do direito da personalidade na pessoa jurídica são embasadas no art. 52, CC/02. Abstraindo do texto do código atual o fragmento “no que couber”, Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 286) infere: “Merece destaque a especial proteção ao nome empresarial, como elemento ativo do estabelecimento para designação da empresa, sua difusão, a atração de clientela.”. Prosseguindo em tal inferência, o doutrinador faz uma exploração cuidadosa acerca da abrangência do direito ao nome no ente moral.

Compreende o autor, portanto, o direito ao nome tutelado pelo art. 16, CC/02, que abarca a pessoa jurídica enquanto direito personalíssimo, fato esse que já posiciona Caio Mário em configuração adversa às disposições Negativistas, bem como ao Enunciado 286 da CJF. Não obstante, a pessoa jurídica encontra-se resguardada também de modo específico, visto o art. 1155, CC/02 que versa sobre o nome empresarial; o parágrafo único deste artigo explana como é feita tal proteção: “Equipara-se ao nome empresarial, para os efeitos da proteção da lei, a denominação das sociedades simples, associações e fundações.”. Nesta iniciativa, Caio Mário (2017, p. 286) ressalta o poder do empresário no que tange ao nome de sua empresa: “pode impedir seu uso por outrem, mas não é suscetível de alienação ou transferência de per si.”.

Nesta atividade, caso lesione-se o nome da pessoa jurídica, o ordenamento jurídico reconhece o dano moral, conforme Súmula 227 do STF, e diz que a lesão deve ser cessada, bem como deve ser arbitrada a indenização cabível, conforme preceitua o art. 12, CC/02 c/c o art. 20, CC/02. É importante salientar que, a punição civil não impossibilita a imputação da punição penal, a qual está disposta na sua respectiva lei ordinária.

De maneira consonante ao direito ao nome e citados pelo professor emérito em sua exposição sobre a temática, a pessoa jurídica tem assegurado também o direito à honra e à imagem. Nesse ânimo, faz-se oportuno discorrer, mesmo que pragmaticamente, a respeito da diferenciação entre honras; a distinção é de consenso majoritário dentre os doutrinadores da área de direito civil e reconhece a honra subjetiva e a honra objetiva a pessoa natural e, somente a última ao ente moral em virtude desta versar sobre o bom nome, a reputação e respeitabilidade pública, características que integram a pessoa jurídica. Tal distinção, como foi visto, já era aplicada no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo das positavações do novo Código Civil de 2002, vide acórdão já exposto.

MARIA HELENA DINIZ

No que diz respeito à doutrina majoritária, Maria Helena Diniz, dela não diverge, considerando que à pessoa jurídica podem ser atribuídos direitos de personalidade, à luz dos textos dos já mencionados dispositivos legais: art. 52, CC/02 e Súmula 227 do STJ.

No entanto, observando as linhas do artigo mencionado, ao se utilizar da expressão “no que couber”, a doutrinadora entende que a aplicação dos direitos personalíssimos à pessoa jurídica é passível de sofrer limitação, devido a características que as pessoas jurídicas não possuem em relação aos titulares majoritários desses direitos, ou seja, as pessoas naturais. Dessa forma, a fim de atender a essa particularidade, Maria Helena Diniz (2012, p. 131), parte integradora da doutrina majoritária sobre este assunto, afirma a respeito dessa tutela concedida à pessoa jurídica: “[...], pois se houver violação à sua imagem, à sua honra objetiva etc., fará jus à reparação por dano moral.”. Sobre essa particularidade, a referência concerne na distinção entre honra subjetiva e honra objetiva e a quem essas duas modalidades de honra constituem partes quando se tratar de indenização por dano moral.

Porém, embora intuitivo, cabe lembrar que a lesão deve ser comprovada para que se gere o dano moral no âmbito da responsabilidade civil. No mesmo plano, o Enunciado n. 189 do Conselho da Justiça Federal (CJF) da III Jornada de Direito Civil expressa: “Na responsabilidade civil por dano moral causado à pessoa jurídica, o fato lesivo, como dano eventual, deve ser devidamente demonstrado.” (DINIZ, 2012, p. 311).

Sendo assim, de maneira análoga à pessoa natural, que adquire sua personalidade jurídica ao nascer com vida, tornando-se titular de direitos e obrigações na ordem civil e, por sua vez, adquirindo capacidade, a pessoa jurídica também adquire capacidade decorrente da personalidade jurídica que o ordenamento jurídico lhe concede a partir do momento do registro (registro esse que será melhor

explicitado na análise doutrinária de Carlos Roberto Gonçalves ao longo deste artigo).

Em vista disso, a pessoa jurídica, desde seu registro, conforme observa Maria Helena Diniz (2012, p. 311), passa a gozar de amplos direitos na ordem civil, como os direitos subjetivos, “[...], não se limitando à esfera patrimonial.”. É por essa razão, portanto, que conforme defendido pela doutrina majoritária e pelo ordenamento jurídico, a pessoa jurídica é titular de alguns direitos de personalidade, mais precisamente ligados a sua honra objetiva (no que se refere ao dano moral) “como o direito ao nome, à marca, à liberdade, à imagem, à privacidade, à própria existência, ao segredo, à honra objetiva ou à boa reputação.”.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO

À luz da doutrina do jurista e doutrinador brasileiro Washington de Barros Monteiro, compreende-se a existência da pessoa jurídica a partir da incapacidade de um indivíduo de ultrapassar os limites de sua vida individual. Deste modo, para sua constituição, faz-se necessária a união da pessoa humana a outrem, para que se possa multiplicar e ampliar suas possibilidades de alcançar determinado objetivo. Percebe-se, portanto, um requisito coletivista de sua parte, compreendendo a existência da pessoa jurídica ao conjunto de vontades do ser natural reunidas pela representação de uma corporação. Dado o início da pessoa jurídica e a atribuição de direitos à mesma, questionam-se os limites da aplicação dos direitos da personalidade para esta.

Apesar de, obviamente, a pessoa jurídica não possuir princípio legal para se casar, adotar ou testar, Washington de Barros (2009, p. 137) afirma: “As pessoas jurídicas podem adquirir os direitos e assumir as obrigações que, por sua natureza, não sejam privativos da pessoa humana.”. Em regra, a pessoa jurídica, na visão do doutrinador, possui os mesmos direitos que a pessoa natural, exercendo ainda direitos personalíssimos como a nacionalidade e o nome.

O doutrinador infere que, além da proteção à integridade física, os direitos da personalidade referem-se à integridade moral, podendo ser aplicados, além da pessoa humana, como previsto no art. 52 do Código Civil, às pessoas jurídicas, pois, apesar de serem inexoravelmente associados à primeira, podem ser reconhecidos certos direitos à segunda, estes sendo direito ao nome, imagem, boa fama, privacidade, criações intelectuais e integridade moral, além dos seguintes direitos citados na obra de Monteiro:

Também as pessoas jurídicas têm o direito de manter reserva sobre seus negócios, comunicações, reuniões de diretoria, documentos, estratégias de mercado, interdição de suas instalações e produtos à presença ou conhecimento de estranhos. (MONTEIRO, 2009, p. 106).

A análise do referido doutrinador acerca do art. 20 do Código Civil, assim como a doutrina majoritária, o coloca como protetor maior da produção intelectual e imagem da pessoa, ou seja, qualquer tipo de manifestação de pensamento ou criatividade decorrente da mesma, exceto se necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Diz, exemplificando, que uma obra apenas poderá ser exposta com o consentimento de seu proprietário, que poderá requerer a proibição da exposição independente se usada para fins comerciais, causar dano à sua honra, boa fama e respeitabilidade ou não, sob pena de reconhecimento de dever indenizatório ao infrator.

Semelhante à teoria da realidade objetiva, Washington de Barros se posiciona de modo a observar a personalidade da pessoa jurídica não como ficção, incapaz de vontade e imaginária (como abordada na teoria da ficção), mas como um atributo deferido do Estado a entes mercedores. Cita, deste modo, que:

Assim como a personalidade humana deriva do direito (tanto que este já privou seres humanos de

personalidade – os escravos), da mesma forma pode ele concedê-la a outros entes, que não os homens, desde que colimem a realização de interesses humanos. (MONTEIRO, 2009, p. 136)

Além disso, sob o entendimento de Washington de Barros, confere-se que a pessoa jurídica não pode cometer crimes, sendo certo que casos de desvios da lei provenientes de seus representantes os colocam unicamente como responsáveis pelo ato criminoso:

Todavia, se esta não pode ser sujeito ativo de delitos, pode ser sujeito passivo, excluídas naturalmente as figuras criminosas inaplicáveis, cabendo igualmente a possibilidade de ser a pessoa jurídica sujeito passivo de delitos contra a honra, ainda que de difamação. (MONTEIRO, 2009, p. 138)

Outrossim, pode-se atestar que, no entendimento do jurista, não caberia ação penal contra a pessoa jurídica a não ser pela prática de crimes previstos contra o consumidor e para com o meio ambiente.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES

Em contínuo, como reiterado, a doutrina majoritária entende que no conceito de “pessoa” no o art. 1º do Código Civil de 2002 encaixam-se tanto as pessoas naturais quanto as pessoas jurídicas, ou seja, as pessoas jurídicas em sua capacidade de exercer direitos e deveres na ordem civil também possuem direitos da personalidade.

Ao descrever o conceito de pessoa jurídica, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves não fala diretamente sobre os direitos da personalidade da pessoa jurídica, porém, relata sobre sua personalidade nos seguintes termos:

O direito não podia ignorar essas unidades coletivas, criadas pela evolução histórica ou pela vontade dos homens, e passou então a discipliná-las, para que possam participar da vida jurídica como sujeitos de direitos, a exemplo das pessoas naturais, dotando-as, para esse fim, de personalidade. (GONÇALVES, 2017, p. 220).

O civilista leva sua interpretação sobre o tema no sentido de que os entes morais possuem direitos da personalidade, chegando a justificar que a atribuição de personalidade a estes entes evitaria fraudes exercidas pelas pessoas naturais por meio da figura de uma pessoa jurídica.

No entanto, é importante raciocinar de que maneira se procederia a aplicação desses direitos da personalidade à pessoa jurídica, visto que os direitos personalíssimos da pessoa natural possuem características marcantes: eles são intransmissíveis, irrenunciáveis, absolutos, imprescritíveis e impenhoráveis. Nesse sentido, o autor observa que não poderiam os direitos personalíssimos serem aplicados da mesma maneira às pessoas jurídicas, uma vez que estas não são pessoas por natureza, mas sim pessoas criadas por pessoas naturais, em especial as de direito privado.

Visto que o art. 50 do Código Civil permite a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, os direitos personalíssimos não poderiam ser expandidos às pessoas jurídicas em sua totalidade, eis que uma pessoa natural não pode ter a personalidade desconsiderada. Por isso, a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade não poderia ser plenamente exercida.

A personalidade da pessoa jurídica começa com o registro no órgão competente, como descrito no inciso I do artigo 114 da Lei de Registros Públicos (Lei 6015 de 1973). Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 228): “O registro no órgão competente, além de servir de prova, tem, pois, natureza constitutiva, por ser atributo da personalidade, da capacidade jurídica.”. Esse registro seria o ato

representativo do “nascimento” da pessoa jurídica e, assim, concebido o CNPJ, tem-se início a personalidade para exercer direitos e deveres na esfera civil.

Sendo notória a admissibilidade dos direitos personalíssimos à pessoa jurídica pelo Código Civil de 2002, no seu artigo 52, Carlos Roberto Gonçalves se expressa sobre o fato:

A capacidade jurídica adquirida com o registro estende-se a todos os campos do direito, não se limitando à esfera patrimonial. O artigo em questão dispõe, com efeito, que ‘a proteção aos direitos da personalidade’ aplica-se às pessoas jurídicas. Tem, portanto, direito ao nome, à boa reputação, à própria existência, bem como o de ser proprietária e usufrutuária (direitos reais), de contratar (direitos obrigacionais) e de adquirir bens por sucessão causa mortis. (GONÇALVES, 2017, p. 228).

Carlos Roberto Gonçalves não se manifesta expressamente favorável ou contrário a extensão dos direitos da personalidade para a pessoa jurídica, porém, em sua interpretação do Código, garante aos entes tais direitos. Explica, ainda, que “a razão de ser, portanto, da pessoa jurídica está na necessidade ou conveniência de os indivíduos unirem esforços e utilizarem recursos coletivos para a realização de objetivos comuns, que transcendem as possibilidades individuais.” (GONÇALVES, 2017, p. 221).

Considera-se, pois, que uma pessoa jurídica (em especial a de direito privado) é formada por pessoas físicas dotadas de personalidade e, possuindo direito a ela, não poderia estabelecer-se sem nenhum tipo de proteção legal. Deste modo, a doutrina de Carlos Roberto conclui suas disposições no sentido de corroborar a existência e aceção de tais direitos às Pessoas Jurídicas.

DA APLICAÇÃO DO DIREITO

No escopo principal de ratificar a temática cerne da problemática atinente ao reconhecimento ou não da personalidade civil da pessoa jurídica, faz-se precípua a exemplificação de precedentes.

Em análise hodierna do material jurisprudencial dos Tribunais de Justiça, pode-se conferir a existência de inúmeros casos em que o direito de imagem da pessoa jurídica fora resguardado pelo *decisum* proferido.

Como exemplo de maior recorrência atinente ao tema, pode-se citar um dos inúmeros casos em que a Pessoa Jurídica é indenizada por danos morais desencadeados por protesto indevido realizado em seu nome, o que ocorrera no julgamento do Recurso de Apelação Cível nº 1.0000.21.119515-1/001, julgado em 25/11/2021, em que o Município de Belo Horizonte teria protestado ilicitamente em nome da empresa Carvalho Peças Ltda. dívidas por falta de pagamento da TFLF (Taxa de Fiscalização de Estabelecimentos) e TFEP (Taxa de Fiscalização de Engenhos de Publicidade).

No mencionado caso, a transcrição da decisão do tribunal, de relatoria da Desembargadora Ana Paula Caixeta, é prova comprobatória da vigência e da ampla utilização da Súmula 227, pois, sob a sua luz, desconstruiu o argumento feito pela defesa do réu e, ainda assim, justificou:

Tratando-se de responsabilidade civil objetiva, revela-se suficiente para o reconhecimento do dever de indenizar a comprovação da ocorrência do dano, da autoria e do nexo causal. Pois bem. Relativamente ao ato ilícito em si, o apelo não devolveu a apreciação da referida matéria a esta Instância Revisora, restando reconhecido, na sentença, que os protestos levados a efeito pelo réu, Município de Belo Horizonte, eram, realmente, indevidos. Quanto aos danos morais, cuidando-se de pessoa jurídica, incide o enunciado da Súmula nº 227

do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. No caso em comento, o protesto indevido do nome da pessoa jurídica gera o denominado dano moral puro, porquanto atingida em seu direito da personalidade do nome e da imagem perante o mercado em que atua.” (TJMG, 2021, on-line)

Da mesma forma, no ano de 2014, em 07 de outubro, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJ-MS), em julgamento do Recurso de Apelação n° 0004825-96.2008.8.12.0001, decidiu em favor de uma empresa de pequeno porte que teve seu nome inscrito indevidamente nos órgãos de proteção ao crédito proveniente de débitos advindos do Banco do Brasil S/A. Toda a ação de defesa desenvolveu-se pela constante reiteração da impossibilidade da pessoa jurídica de sofrer danos morais. Transcreve-se da decisão de relatoria do Juiz de Direito Wilson Bertelli:

É que a pessoa jurídica, embora não seja titular de honra subjetiva que se caracteriza pela dignidade, decoro e autoestima, exclusiva do ser humano, é detentora de honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que o seu nome, reputação ou imagem forem atingidos no meio comercial por algum ato ilícito. Desse modo, a apelante deve sofrer as consequências negativas da inscrição irregular, pois, neste caso, o dano moral é *in re ipsa*, vale dizer, prescinde prova. (TJMS, 2014, on-line).

Outro exemplo desenvolveu-se em 8 de março de 2012 no Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJ-DF) em que, no julgamento do Recurso de Apelação n° 0051725-10.2010.807.0001, uma empresa comercial de alimentos recorre da sentença proferida em ação contra Chocolates Garoto S/A e SERASA. A parte recorrente, tida como lesada, não teria débitos ativos em relação a Garoto, com quem teria firmado

contrato em passado recente e, ainda assim, teve seu nome inscrito no banco de dados restritivos de crédito do SERASA. Destarte, sendo notório o dano moral sofrido pela pessoa jurídica e, sob relatoria do Desembargador Getúlio de Moraes Oliveira, fora manifestado:

Inicialmente cabe ressaltar que a simples inscrição indevida no cadastro de proteção ao crédito faz presumir a ocorrência de danos morais. Sendo, ainda, plenamente possível que pessoa jurídica seja vítima de dano moral, conforme preconizado na súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça. [] Os danos morais, segundo a doutrina, 'são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos da sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Os danos morais atingem, pois, as esferas íntima e valorativa do lesado, enquanto os materiais constituem reflexos negativos no patrimônio alheio'. (TJDF, 2012, on-line).

Observados os entendimentos supra, vê-se que a maioria das apreciações são realizadas tomando como base a necessidade de proteção à honra da pessoa jurídica que, em caso de violação aos seus direitos à preservação de sua boa imagem, é reconhecido o dever indenizatório.

Lado outro, em abordagem recente, verifica-se do texto da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), mais especificamente em seu art. 6º, §5º, que tal resguardo deixa de ser observado na hipótese de responsabilização da pessoa jurídica pela prática de atos lesivos previstos na mencionada Lei, que regulamenta sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

No trecho em comento, é expressamente determinada a exposição da sentença condenatória em meios de comunicação em que há considerável fluxo de circulação de informações concernentes a área de atuação do condenado, prevendo, ainda, a possibilidade de sua publicação em redes de circulação nacional e no próprio estabelecimento ou local de exercício de sua atividade, devendo ser exposta de modo aparente ao público e, de mesmo modo, na rede mundial de computadores.

Nesse diapasão, certifica-se que, apesar da proteção legal, a imagem da pessoa jurídica nem sempre pode se esquivar dos danos à sua boa imagem, haja vista a exceção gerada pela previsão legal da Lei Anticorrupção que, ao exemplo do supracitado, serviu como base para condenação da empresa THN Fabricação de Autopeças Brasil, ocorrida em 2018 por tentativa de suborno realizada a um funcionário da Receita Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, diante dos precedentes evidenciados pelas situações explicitadas, a admissão do direito da personalidade na pessoa jurídica é uma realidade. Tal inferência é revestida de caráter incontestável no ordenamento jurídico atual, à medida que o mesmo disponibiliza no artigo 52 da Lei 10.406 de 2002: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

Prosseguindo nesta linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se da Súmula 227, dizimou quaisquer saliências que poderiam advir desta problemática, assegurando que em caso de lesão ao direito personalíssimo do ente moral, este sofreria danos morais: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”. Nesta atividade, a lesão tem de ser cessada e reclamada a devida indenização conforme consta no art. 12, CC/02 c/c o art. 20, CC/02.

Por tudo isso, bem como pela fonte de direito doutrinária dos ilustres Caio Mário, Maria Helena Diniz, Washington de Barros e Carlos Roberto Gonçalves, a problemática merece ser digna de um

entendimento uniforme e uníssono que coloque em descrédito o Enunciado do Conselho de Justiça Federal em sua IV Jornada de Direito Civil.

Assim, é pertinente que se entenda que a atribuição e reconhecimento do direito personalíssimo à pessoa jurídica é, em síntese, uma medida protetiva do ordenamento jurídico no intento de fornecer maior segurança jurídica aos operadores do direito, cidadãos e empresas do território nacional.

REFERÊNCIAS

Brasil, **Lei n. 12.846**, de 01 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 60.033-2-MG**. Relator: Ruy Rosado de Aguiar – Quarta Turma. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/563523/recurso-especial-resp-60033>>. Acesso em 03 de março de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral**. Disponível em: <<https://bit.ly/3C-cUemq>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **APL: 00048259620088120001 MS 0004825-96.2008.8.12.0001**. Disponível em: <https://bit.ly/3hIwXiB>. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **APL: 517251020108070001 DF 0051725-10.2010.807.0001**. Disponível em: <<https://bit.ly/3hDAfUA>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **APL: 1.0000.21.119515-1/001 MG 5088267-21.2018.8.13.0024**. Disponível em: <<https://bit.ly/3vIcQcV>>. Acesso em 03 de março de 2022.

CÂMARA, Maria Helena Ferreira da. **Reflexões sobre o conceito de pessoa jurídica em Kelsen**. Revista de informação legislativa, v. 22, n. 86, p. 349-360, abr./jun. 1985 Disponível em: <<https://bit.ly/3pDfj4t>>. Acesso em 03 de março de 2022.

Corregedoria da Receita Federal condena primeira empresa com base na Lei Anticorrupção. Gualtec.com.br, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/35rmnKo>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. V. 1. Teoria Geral do Direito Civil.** 29^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil.** Bahia: JusPodivm, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. V. 1. Parte Geral.** 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Jornada de Direito Civil IV. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/256>>.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. V. 1. Parte Geral.** 42^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. V. 1. Teoria Geral de Direito Civil.** 30^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUÍZO 100% DIGITAL EM TEMPOS DE PANDEMIA E REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: ANÁLISE DA RESOLUÇÃO Nº345 DE 09/10/2020 E PORTARIA CONJUNTA Nº 1088/PR/2020

Eliege Cristina Assis

RESUMO

O presente artigo tem a finalidade de analisar a informatização do processo e sua adequação aos meios digitais para garantir o acesso à justiça, assim como a resolução nº345 de 09/10/2020 e a portaria conjunta 1088/PR/2020. A revolução tecnológica é um fator evidente na sociedade em qualquer setor, e em decorrência disso, se torna perceptível que todas as áreas têm se adequadado a tecnologia, o que não é diferente com os setores Jurídicos. O presente artigo busca demonstrar a importância da adequação dos sistemas jurisdicionais aos padrões e sistemas virtuais, visto que os avanços compreendidos por eles, nos traz mais segurança jurídica e disponibilidade do acesso à justiça em grande dimensão. Do contexto histórico, denota-se que o sistema jurisdicional passou por diversas mudanças até o contexto atual, compreendendo desde as sanções físicas utilizadas inicialmente, a análise do código de Hamurabi onde o entendia-se que as penas não seriam desmedidas até a positivação do acesso à justiça concedido pela Constituição Federal de 1988. Os processos passaram-se a ser registrados de forma física e todos com base na Constituição Federal de 1988, o que garantia decisões reguladas e padronizadas. O surgimento da lei nº11.419 de 2006, que sancionou a informatização dos processos, fez com que se abrisse portas para a adequação total do sistema tecnológico. Com toda evolução e surgimento da Pandemia do COVID-19, a visão de virtualização se estendeu ainda mais devido as restrições impostas, o que fez surgir a resolução Nº345 de 09/10/2020 que criou o “juízo 100% digital” que é a possibilidade de o processo correr totalmente virtual, sendo que todos os atos praticados serão por esse meio, e assim, foi implantado o projeto piloto através da Portaria conjunta nº1088/PR/2020, que de forma totalmente positiva, renovou a possibilidade de acessibilidade total. A pesquisa fundou-se no método

dedutivo, com a análise de informação, assim como da legislação brasileira, e seus princípios.

Palavras-Chave: “juízo 100% digital”. Tecnologia. Ambiente virtual.

ABSTRACT

This article aims to analyze the computerization of the process and its adequacy to digital media to ensure access to justice, as well as Resolution No. The technological revolution is an evident factor in society in any sector, and as a result, it becomes noticeable that all areas have adapted to technology, which is no different with the Legal sectors. This article seeks to demonstrate the importance of adapting judicial systems to standards and virtual systems, since the advances understood by them, bring us more legal certainty and availability of access to justice in large scale. From the historical context, it is noted that the jurisdictional system has undergone several changes to the current context, ranging from the physical sanctions used initially, the analysis of Hammurabi's code where it was understood that the penalties would not be excessive until the positive access. to justice granted by the Federal Constitution of 1988. The processes started to be registered physically and all based on the Federal Constitution of 1988, which guaranteed regulated and standardized decisions. The emergence of Law No. 11,419 of 2006, which sanctioned the computerization of processes, opened doors for the total adequacy of the technological system. With all the evolution and emergence of the COVID-19 Pandemic, the vision of virtualization has been extended even further due to the restrictions imposed, which gave rise to Resolution No. possibility for the process to run completely virtual, and all acts performed will be through this means, and thus, the pilot project was implemented through joint Ordinance nº1088/PR/2020, which in a totally positive way, renewed the possibility of total accessibility. The research was based on the deductive method, with the analysis of information, as well as the Brazilian legislation, and its principles.

Keywords: “100% digital judgment”. Technology. Virtual environment.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar o juízo 100% digital em tempos de pandemia e revolução tecnológica, assim como a resolução nº345 de 09/10/2020 e a portaria conjunta nº 1088/PR/2020, o acesso à justiça em tempos remotos através de sistemas tecnológicos que auxiliam e implementam mecanismos para concretizar a eficiência dos sistemas judiciários e a informatização do processo judicial. Essa análise busca constatar as mudanças e adequações impostas ao Poder Judiciário, demonstrando a eficiência e a necessidade de implementação e avanço, assim como a diminuição de gastos públicos.

Com as constantes alterações advindas da necessidade de agilizar e de concretizar a razoável duração do processo, assim como o livre acesso das partes as informações contidas nos autos, foi determinado o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais.

Em um período tão remoto quanto a pandemia do COVID-19, observou-se a necessidade dos andamentos de processos ao quais são considerados urgentes, e ao mesmo tempo impossibilitou que as pessoas tivessem contato para prevenir a proliferação do vírus, assim viu-se a necessidade de adequar os sistemas judiciários de forma rápida aos acontecimentos atuais até que se criasse uma solução para problemática apresentada.

Ao constatarmos que o mundo vive em meio a uma revolução tecnológica avançada, o sistema judiciário assim como outros sistemas buscou atualização dos meios utilizados para uma concreta modernização e adaptação generalizada do fluxo contínuo. Atos que precisavam serem praticados presencialmente, assim como manifestações que necessitam de comparecimentos a secretarias de fóruns, hoje são praticados de casa ou escritórios, o que impede o contato físico e agiliza a apreciação de demandas pelo magistrado.

O juízo 100% digital abre portas para uma evolução significativa do poder judiciário, assim como a celeridade processual, o que exige que os profissionais da área jurídica se aprofundem nas tecnologias, utilizando contratos com assinatura digital, e a observância de sistema com intimações online e contagem de prazos.

Contudo, cabe ressaltar que no Estatuto de ética da OAB já se previa que o advogado deve empenhar-se para o aperfeiçoamento pessoal e profissional permanentemente, o que compactua com as atualizações exigidas no contexto atual, o que buscou a Resolução N°345 de 09/10/2020 e a Portaria Conjunta n° 1088/PR/2020.

Trataremos no primeiro tópico do acesso à justiça garantido pela constituição Federal de 1988, assim como o contexto histórico que nos trouxe até o presente momento, desde as sanções físicas, a previsão de organização do código de Hamurabi até a estruturação do sistema judiciário como vemos hoje.

Já no segundo tópico trataremos da informatização do processo, onde combinou-se a evolução tecnológica com o sistema judiciário, e assim se criou a inovação processual como vemos atualmente, com análise detalhada.

No terceiro tópico da análise da Pandemia de COVID-19 no sistema judiciário e seus reflexos.

No quarto tópico falaremos da Resolução N°345 de 09/10/2020 ao qual incluiu ao sistema judiciário o juízo 100% digital, como forma de adequação tecnológica.

E por fim, no quinto tópico abordaremos a Portaria Conjunta n° 1088/PR/2020 que instituiu no projeto piloto a aplicação, e implantação de atos totalmente digitais.

A pesquisa fundou-se no método dedutivo, com a análise de informação, assim como da legislação brasileira, e seus princípios, com o objetivo de aprimorar o contexto atual e analisar as transformações.

DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO A JUSTIÇA E O CONTEXTO HISTÓRICO

A Constituição Federal de 1988 garantiu em seu artigo 5º inciso XXXV a previsão do princípio constitucional do acesso à justiça como um direito fundamental, prevendo que todos terão acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário, sem distinção de qualquer natureza, assim como dispõe abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).

O princípio constitucional do acesso à justiça garante que todos busquem seus direitos por meio da atuação do Poder judiciário que é o órgão competente para tutela jurisdicional, para que sejam tomadas medidas necessárias para inibir a coação do direito garantido, de forma imparcial e com base nas normas e legislação vigente no momento, garantindo direitos iguais as partes.

Compreendendo-se que todos são iguais perante a lei, garantindo que todas as demandas cheguem ao Poder Judiciário de maneira igualitária, sem distinção de qualquer natureza, e que a apreciação pelo magistrado seja feita de acordo com as leis vigentes, visando a segurança jurídica, e garantindo o Estado democrático de direito.

CONTEXTO HISTÓRICO DO ACESSO A JUSTIÇA

O contexto histórico do acesso à justiça surgiu no decorrer do surgimento da humanidade não tendo data precisa, sendo possível ver indícios no Código de Hamurabi entre os séculos XXI a XVII A.C, que

tinha como princípio que a pena não seria uma vingança desmedida, mas proporcional à ofensa cometida pelo criminoso. Tal princípio é resumido no ditado popular “olho por olho, dente por dente”. O código de Hamurabi estabelecia que a pessoa interessada levasse sua indagação ao soberano que através disso tomava a decisão, assim diz Giordani:

O poder judiciário, na Caldéia anterior ao reinado de Hammurabi, era exercido nos templos pelos sacerdotes em nome dos deuses. Na Babilônia, desde o início da I dinastia, começaram a ser organizados, à imitação do que já existia em Sumer, tribunais civis dependentes diretamente do soberano. Hammurabi conferiu à justiça real supremacia sobre a justiça sacerdotal; deu-lhe uniformidade de organização e regulamentou cuidadosamente o processamento das ações, compreendendo nessa regulamentação a propositura, o recebimento ou não pelo juiz, a instrução completa pelo depoimento de testemunhas e diligências ‘in loco’ e, finalmente, a sentença. Foi estabelecida então uma organização judiciária que incluía até ministério público e um direito processual. (GIORDANI, 2008, p. 155).

Em um contexto geral, as transformações sociais fizeram com que o acesso a justiça crescesse gradualmente e se alterasse de acordo com as transformações constantes dos povos. A materialização do acesso à justiça no Brasil foi prevista na Constituição de 1946 ao qual estabelecia que a lei não poderia excluir do Poder Judiciário qualquer violação de direitos individuais, assim ensinava Cappelletti e Garth, em sua obra “Acesso à justiça”:

[...] o recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram

mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (OLIVEIRA, 2018, p. online apud CAPPELLETTI; GARTH 1988, p.31).

No regime militar em 1964 o acesso à Justiça foi duramente limitado, e em 1968, condutas que não fossem praticadas de acordo com o estabelecido nos decretos emitidos pela Ditadura Militar Ato Institucional 5 (AI-5), não seria apreciado pelo Poder Judiciário. Em 1969, foi promulgada uma Emenda Constitucional com base em atos institucionais, que inibia práticas ilegais do Governo Federal.

O acesso à Justiça se consagrou a partir de 1970, onde os movimentos sociais em busca dos direitos fundamentais se intensificaram, encaminhando para a Constituição Federal que foi promulgada em 1988 constatou expressamente o princípio constitucional do acesso à justiça no artigo 5º, inciso XXXV, e garantiu a sua efetivação.

A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL E SUAS PROVIDÊNCIAS

Em 2006 foi promulgada a lei nº11.419 ao qual sancionou o uso do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, o artigo primeiro inciso II prevê a transmissão eletrônica como sendo toda forma de

comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores.

Com a previsão da tramitação em forma eletrônica, antes o que gastava dias para ser realizado se tornou instantâneo, utilizando a assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, para garantir a segurança de documentos emitidos digitalmente, necessitando que qualquer documento, petição, manifestação, andamentos processuais passe por uma pessoa credenciada com um Token digital.

O artigo 2º, § 1º garante que somente o credenciamento no Poder Judiciário será realizado mediante procedimento no qual esteja assegurada a adequada identificação presencial do interessado. Assim, assegura a tramitação de forma segura e identificável, garantindo que o registro e meio de acesso ao sistema irá preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações.

A lei resguardou todas as possibilidades de utilização do sistema, assim como o modo de funcionamento, atualização, comunicação, prazos, atribuições, a necessidade de assinatura digital, o modo de operação do sistema, aplicando a contagem de prazos ao sistema que não precisa mais de comandos manuais para demonstrar que prazos de intimações se encerraram, buscando uma efetividade em grau elevado, ao qual as tramitações de processos físicos jamais estabeleceriam.

O sistema eletrônico possibilitou que processos com mesmo objeto, identificando prevenção, litispendência e coisa julgada fossem identificados com agilidade e precisão, assim como a possibilidade de citar e intimar as partes eletronicamente ou pelo aplicativo Whatsapp que agiliza o tramite processual, assim como prevê o artigo 5º em seu parágrafo 5:

Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 5º Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.

As citações e comunicação da Fazenda Pública são feitas pelo sistema, o que em casos de tutela de urgência significa dizer que reduz os riscos da demora. No artigo 10º possibilitou a distribuição de peças processuais nos autos do processo eletrônicos pelos advogados públicos e privados, sem qualquer intervenção de cartório ou secretaria judicial, possibilitando que qualquer parte tenha acesso aos autos sem qualquer alteração de visibilidade para outros, resguardando apenas processos sigilosos.

Nesse contexto, a tramitação do processo eletrônico resguarda a celeridade jurisdicional assim como os recursos orçamentários. A Resolução do CNJ nº185 de 18/12/2013 instituiu o sistema de processo Judicial eletrônico -PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais.

PANDEMIA DO COVID-19 E O SISTEMA JUDICIÁRIO

Em 2020 o sistema judiciário se deparou com um período de instabilidade e insegurança, a Pandemia do COVID-19, em tempos tão remotos os direitos fundamentais e de acesso à justiça se encontrou atrelado a necessidade de distanciamento social. Após um período de readaptação e de estagnação, o sistema judiciário se viu obrigado a se adaptar ao contexto atual para prosseguir com os andamentos processuais, sendo impostos novas diretrizes pelo Conselho Nacional de Saúde inclusive a Recomendação Nº 036/2020 que previa o distanciamento social.

As audiências que antes eram obrigatoriamente presenciais, se readaptaram para audiências virtuais, comunicações por telefone, WhatsApp, e-mail e trabalhos home office, praticas presenciais se tornaram praticamente suspensas, a busca por soluções plausíveis em um momento drástico fizeram com que a tecnologia fosse o melhor instrumento de auxílio a resolução de conflitos no judiciário.

Tendo em vista o exposto da tecnologia nos órgãos judiciais na Pandemia do COVID-19, SÁ diz (2021, p. online apud BRITTO, 2007), ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Podemos perceber que as restrições e mudanças no cotidiano trazidas pela pandemia de Covid-19 não paralisaram o Poder Judiciário, pelo contrário, acelerou processos de mudanças, já em curso, que contribuíram para uma prestação jurisdicional ainda mais célere sem, com isso, desvencilhar-se do humanismo.

Como dito, a tecnologia implantada ao Poder Judiciário nesse período de necessidade, fez com que fosse descoberto uma maneira mais eficaz do que as utilizadas posteriormente, tendo que em vista que a atualização fez com que a celeridade processual desse um salto extremo, e acrescentasse as demandas os procedimentos cabíveis e o implemento das lacunas que já se apresentavam antes da pandemia. Com tudo, Custódio e Santos já diziam (2020, p. online):

Tendo em vista que a realidade do poder judiciário do Brasil é marcadamente caracterizada pela alta demanda de processos nas inúmeras comarcas espalhadas pelo país, aliada à falta de juízes e servidores, é interessante refletir que a situação dos órgãos judiciais pode melhorar com o uso de meios tecnológicos. A utilização de inteligências artificiais (...) é mais um exemplo de como estas melhorias podem e servem para dar mais celeridade

aos processos, de tal modo que os servidores e magistrados consigam direcionar tempo e energia para resolver outras questões procedimentais no âmbito judicial.

O Poder Judiciário agiu de maneira tão adepta a nova tecnologia que buscou aprimorar o sistema por meio do Juízo 100% digital.

APLICAÇÃO DO JUÍZO 100% DIGITAL RESOLUÇÃO Nº345 DE 09/10/2020

Após a tramitação dos processos por meio eletrônico, o novo passo para a adaptação do sistema eletrônico no meio jurídico é a aplicação do juízo 100% digital, que por meio da RESOLUÇÃO nº345 de 2020 autorizou a adoção, pelos tribunais, das medidas necessárias à implementação do “Juízo 100% Digital” no Poder Judiciário, como disposto no seu artigo 1º.

O parágrafo 1º atribui que através do “Juízo 100% digital”, todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores, o que possibilita que as partes façam a audiência em qualquer lugar do mundo através das plataformas digitais, basta apenas estar logados no sistema para produzir seus efeitos legais. Se por qualquer motivo a produção de prova se tornar inviável através do manuseio digital, essas serão presenciais, sem que prejudique seu caráter de tramitação do “juízo 100% digital”.

Essa modalidade pode valer-se de serviços prestados presencialmente por outros órgãos do Tribunal como dispõe o parágrafo 3º do artigo 1º, desde que os atos processuais possam ser convertidos a eletrônico. Essa modalidade não altera de forma alguma a competência da unidade jurisdicional.

A novidade que vem através do “Juízo 100% digital é que, de acordo com o parágrafo único do artigo 2º dispõe a seguinte redação:

Art. 2º As unidades jurisdicionais de que tratam este ato normativo não terão a sua competência alterada em razão da adoção do “Juízo 100% Digital”.

Parágrafo único. No ato do ajuizamento do feito, a parte e seu advogado deverão fornecer endereço eletrônico e linha telefônica móvel celular, sendo admitida a citação, a notificação e a intimação por qualquer meio eletrônico, nos termos dos arts. 193 e 246, V, do Código de Processo Civil.

Com a escolha da aplicação do juízo 100% digital, a parte e seu advogado devem fornecer os dados necessários para a efetivação da citação e intimação, fornecendo endereço eletrônico e número de telefone móvel, sendo facultativa a escolha do Juízo 100% digital, sendo necessário escolher essa opção no momento da distribuição da ação. Porém, a parte demandada pode optar por não aceitar essa opção, tendo em vista que ela só se efetivará se a parte demandada concordar com esse termo, devendo manifestar até o momento da contestação, caso não se manifeste, entende-se como aceitação. O artigo terceiro em seu parágrafo primeiro dispõe especialmente sobre a opção da parte demandada em recusar a alternativa do juízo 100% digital:

Art. 3º A escolha pelo “Juízo 100% Digital” é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação. §1º A parte demandada poderá se opor a essa escolha até sua primeira manifestação no processo, salvo no processo do trabalho, em que essa oposição deverá ser deduzida em até 05 dias úteis contados do recebimento da primeira notificação. (Redação dada pela Resolução n. 378, de 9.03.2021).

Após as partes escolherem pelo juízo 100% digital, mesmo após iniciados os atos processuais, as partes podem voltar atrás nessa opção, bastando apenas que as partes se retratem dessa escolha, mais essa opção pode ser mudada apenas uma vez, até prolatada a sentença, preservados todos os atos processuais já praticados, como dispõe o parágrafo segundo. Já no processo do trabalho ocorre de maneira diferente, visto que o parágrafo terceiro dispõe que no processo do trabalho, ocorrida a aceitação tácita pelo decurso do prazo, a oposição à adoção do “Juízo 100% Digital” consignada na primeira manifestação escrita apresentada não inviabilizará a retratação prevista no §2º.

O magistrado também pode sugerir as partes que adotem essa opção como diz o parágrafo quarto:

§ 4º: A qualquer tempo, o magistrado poderá instar as partes a manifestarem o interesse na adoção do “Juízo 100% Digital”, ainda que em relação a processos anteriores à entrada em vigor desta Resolução, importando o silêncio, após duas intimações, aceitação tácita. (Redação dada pela Resolução n. 378, de 9.03.2021)

O juízo 100% digital é uma oferta para aprimorar os atos judiciais, tendo em visto que a qualquer momento pode-se realizar manifestações e intimações com apenas a confirmação que os meios de contato fornecidos realmente pertencem as partes. Após a proposta do magistrado, mesmo que as partes recusem o juízo 100% digital, o magistrado pode propor as partes a realização de alguns atos isolados de forma digital, mesmo que se trate de processos anteriores a vigência da resolução, entendo que, após duas intimações as partes se manterem em silêncio, será considerado aceitação tácita.

No contexto da aplicação do juízo 100% digital, os tribunais devem fornecer toda a infraestrutura de informática e telecomunicações ao qual as partes necessitarem para que seja possível o funcionamento de tal plataforma. O artigo 3º-A impõe que as partes poderão a qualquer

tempo, celebrar negócio jurídico processual, nos termos do art. 190 do CPC, para a escolha do “Juízo 100% Digital” ou para, ausente esta opção, a realização de atos processuais isolados de forma digital.”

Com o advento dessa nova possibilidade, outras alternativas para comunicação foram inseridas no contexto jurídico, como o “balcão virtual”, previsto no artigo 4º em seu parágrafo único, que dispõe que o “juízo 100% digital” durante o horário de atendimento ao público, deverá disponibilizar atendimento remoto, por telefone, por e-mail, por vídeo chamadas, por aplicativos digitais ou por outros meios de comunicação que venham a ser definidos pelo tribunal.

As audiências também foram regulamentadas, trazendo as maneiras ao qual deverão ocorrer, e as observações legais que são implementadas pelo Poder Judiciário, sendo que as audiências que ocorrerem através do juízo 100% digital devem ser exclusivamente por videoconferência, que poderão ser efetuadas em escritórios, residências e em caso de solicitação, poderão ser em sala disponibilizada pelo Poder Judiciário.

Os advogados poderão ser atendidos pelo magistrado e servidores com horários exclusivos ao qual serão registrados com dia e hora, ao qual terá um retorno no prazo máximo de 48 horas, ressalvados casos urgentes, separando os atendimentos de demandas normais e demandas pelo juízo 100% digital, como dispõe o artigo 6º:

Art. 6º: O atendimento exclusivo de advogados pelos magistrados e servidores lotados no “Juízo 100% Digital” ocorrerá durante o horário fixado para o atendimento ao público de forma eletrônica, nos termos do parágrafo único do artigo 4º, observando-se a ordem de solicitação, os casos urgentes e as preferências legais.

Toda essa demanda será acompanhada de maneira minuciosa pelo tribunal, que estará analisando se a efetividade, desempenho, celeridade, e produtividade estarão sendo alcançados.

Cumpra salientar que a implantação do Juízo 100% digital não é uma modalidade obrigatória aos tribunais, possibilitando que fossem aderidos e comunicados ao Conselho Nacional de Justiça. As unidades jurisdicionais que não aderiram ao juízo 100% digital, ao fazer a distribuição da ação, se essa opção for selecionada, não será aplicável.

Ao distribuir o processo, caso seja escolhido a opção de tramitação em juízo 100% digital, esse será sinalizado, demonstrando que a demanda tem prioridade para atos virtuais, assim como a identificação para citação da parte demandada sobre a demanda e para aceitação ou não do juízo 100% digital. A implementação completa do sistema busca agilizar e modernizar todo sistema judiciário de uma maneira jamais vista, com profissionais capacitados.

PORTARIA CONJUNTA Nº 1088/PR/2020

A Portaria conjunta nº1088/PR/2020 implantou o projeto piloto do “juízo 100% digital”, nas unidades judiciárias, com todas as determinações da Resolução Nº345 de 09/10/2020, porém acrescentou a Portaria a possibilidade de no ato da distribuição, não ser fornecido o endereço eletrônico ou a linha telefônica móvel da parte demandada, a citação será realizada pelos meios tradicionais, de acordo com o artigo segundo parágrafo 4º. A Portaria conjunta nº1088/PR/2020 especificou no Anexo único as unidades judiciárias que adquiriram o projeto.

A RESOLUÇÃO nº345 de 2020 tratou de especificar todas as regras para que se chegasse à Portaria conjunta nº1088/PR/2020 e implantasse o projeto piloto, garantindo que as comarcas que anuiu a modalidade de Juízo 100% digital estivesse totalmente preparada.

O projeto piloto implantado, demonstra um avanço surpreendente em aspectos tecnológicos, visto que hoje todos os sistemas são por meio virtuais, fazendo com que os setores agilizassem qualquer demanda, além de garantir que nenhuma intervenção interrompa o acesso a justiça. A Portaria conjunta nº1088/PR/2020 buscou padronizar as melhorias do sistema judiciário, impondo que caso as partes litigantes não tenham como acessar remotamente de forma particular, essas

podem comparecer ao Judiciário de qualquer unidade judiciária que adquiriu a implantação do projeto piloto e utilizar de seus sistemas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com todo o exposto, cumpre salientar que o acesso à justiça é um direito fundamental e constitucional garantido pela Constituição Federal, que é o meio eficaz das pessoas buscar solucionar seus conflitos e proteger a tutela de seu direito alegado, buscando efetividade e solução.

Desde o contexto histórico se busca a sistematização eficiente do Poder Judiciário, passando por cada transformação como apresentado no primeiro tópico, a positivação do acesso a Justiça. A busca incessante por um sistema justo, imparcial, seguro, e econômico nos faz progredir constantemente.

A informatização do processo judicial deu a possibilidade de extensão de prazos, assim como acessibilidade, e organização, alcançado uma efetividade jamais vista nos processos físicos.

Independente do contexto apresentado pelo país, os direitos resguardo pela Constituição Federal não deixam de existir, fazendo com que o aumento das demandas seja solucionado através de dispositivos que auxiliam o Poder Judiciário. A informatização do processo Judicial foi um marco para o sistema Judiciário, que não apenas agilizou as demandas como possibilitou que qualquer pessoa tivesse acesso aos documentos disposto a qualquer tempo, o que fez com que houvesse uma economia significativa, e fez possível que pessoas em qualquer lugar e a qualquer tempo pudesse ser atendida sem qualquer fator prejudicial.

Com a nova possibilidade de processos eletrônicos, surgiu no contexto atual a Pandemia do COVID-19, que fez com que todos se readaptassem, e os Tribunais que antes estavam acostumados com uma rotina, migrassem para o sistema remoto, visto que o público não tinha acesso ao interior dos Tribunais devido ao isolamento e restrição

social. A pandemia do Covid-19 não fez com que o sistema Judicial se paralisa-se.

O sistema remoto se encaixou perfeitamente ao período tecnológico que estamos vivendo, fazendo com que surgisse a resolução nº345 de 09/10/2020 que busca a propositura do “Juízo 100% digital” como uma alternativa para a continuação do sistema virtual, buscando resolver a separação que impede pessoas de chegar ao judiciário, visto que a sociedade se encontra em constante evolução, e que a cada avanço tecnológico, os sistemas tendem a se adaptar ao contexto.

Dito isso, a Portaria conjunta N°1088/PR/2020 buscou a aplicação do “juízo 100% digital” com seu projeto piloto adquirido por diversas unidades judiciárias, com o objetivo de que a ferramenta eletrônica seja uma alternativa ágil e legalmente acessível, sabendo-se que a internet é o meio mais eficaz, utilizando-se do mundo virtual.

Por fim, entende-se que ao analisar esse tema e o dispositivo legal, com todos os direitos fundamentais previsto, a virtualização e os sistemas tecnológicos implantados no Judiciário, nada mais é que a revolução tecnológica esperada, podendo concluir que a eficácia e segurança será garantida em qualquer meio. A resolução nº345 de 09/10/2020 e a Portaria conjunta N°1088/PR/2020 são sistemas implementados de maneira significativas, são excelentes programas para adaptação do sistema Judiciário, sua implantação resguarda a economia e celeridade processual, assim como o livre acesso a qualquer tempo dos autos processual.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília,DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Lei nº 11419/2006 de 19 de dezembro de 2006. **Dispõe sobre a informatização do processo judicial**; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm. Acesso em 12/02/2022.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria jurídica**. 1ª ed. Belo Horizonte. Editora Forum. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 998. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CASTRO, Flávia Lages de. **As primeiras leis escritas e o código de Hamurabi**; 5º ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. Disponível em: Rede Virtual de Bibliotecas. Acesso: 16/02/2022.

CUSTÓDIO, Leonardo Rulian; SANTOS, João Vitor de Jesus. **Magistratura Em Tempos de Pandemia: A Tecnologia e o Teletrabalho Como Ferramentas Utilizadas Pelos Juízes 26 Em Busca da Magistratura Tecnológica Desejada**. Assegurando a Preservação e Continuação da Prestação Jurisdicional. 2020. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2021/07/Magistratura-em-tempos-depandemia-a-tecnologia-e-o-teletrabalho-como-ferramentas-utilizadas-pelos-Juizes-embusca-da-Magistratura-tecnologica-desejada-assegurando-a-preservacao-e-contin.pdf>. Acesso em:13/02/2022.

GIORDANI, Mario Curtis. **História da antiguidade oriental**. 14. Ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

PRESIDÊNCIA. Conselho Ministro LUIZ FUX. **Resolução N° 378 de 09/03/2021**. Altera a Resolução CNJ n° 345/2020, que dispõe sobre o “Juízo 100% Digital”. Brasília: DJe/CNJ n° 58/2021, de 10/03/2021, p. 4-6., 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3773>. Acesso em: 28 fev. 2022.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Desembargador GILSON SOARES LEMES Presidente e Desembargador AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO Corregedor-Geral de Justiça. **PORTARIA CONJUNTA N° 1088/PR/2020**. Implanta projeto-piloto do “Juízo 100% Digital” nas unidades judiciárias que especifica e dá outras providências. Minas Gerais, ano 2020, 26 nov. 2020. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc10882020.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2022.

PRESIDÊNCIA. Ministro LUIZ FUX. Resolução N° 345 de 09/10/2020. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. **Resolução N° 345 de 09/10/2020**: Tecnologia Da Informação E Comunicação; Gestão da Informação e de Demandas Judiciais; Gestão e Organização Judiciária;, Brasília: DJe/CNJ n° 331/2020, de 9/10/2020, p. 2-3., 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512#:~:text=1%C2%BA%20Autorizar%20a%20ado%C3%A7%C3%A3o%20pelos,da%20rede%20mundial%20de%20computadores.&text=Art.,-2%C2%BA%20As%20unidades>. Acesso em: 28 fev. 2022.

A INSEGURANÇA JURÍDICA E O DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO

Mickaelly Victtoria Silva Picoli Caetano¹

INTRODUÇÃO

Uma das grandes disfunções do Direito é a ausência de Segurança Jurídica, faça-se em corolário da instabilidade jurisprudencial, faça-se em motivo da instabilidade legislativa. A Insegurança é otimizada no Direito Eleitoral, atentando para as contínuas transmutações normativas, singularmente às vésperas dos anos eleitorais, e a inconstância da jurisprudência.

A particularidade inconstante da legislação é explícita alicerçada nas frequentes minirreformas eleitorais e das resoluções emanadas da Justiça Eleitoral, que sistematicamente não se suprimem a estatuir o corpo normativo já vigente e resultam por inovar em termos legislativos.

No que diz respeito à jurisprudência, não se deve contestar a essência mutável no âmbito eleitoral, igualmente desinente da temporariedade dos mandatos dos juízes eleitorais e da resultante alternância na composição dos Tribunais, o que autoriza ininterruptas transmutações da apreciação dos colegiados.

Para esmaecer essa Insegurança Jurídica, a Constituição Federal de 1988 positiva, em seu art. 16, a regra da anterioridade eleitoral – anualidade eleitoral –, que determina que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

¹ Estudante de Direito do Centro Universitário Faminas – Muriaé. Técnica em Informática pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais – Campus Muriaé. Autora do Livro “Direito Em Transformação”, ISBN: 978-65-89904-30-4, Editora Expert, Belo Horizonte, Ano 2021. E-mail: mickaelycaetano@gmail.com

O artigo supramencionado concerne de resplandecente positividade da Segurança Jurídica em matéria eleitoral, tencionando a impossibilitar alterações inesperadas e casuísticas da legislação eleitoral no decorrer do ano antecedente ao pleito. A propósito, a Anterioridade Eleitoral não tem sido aplicada somente para o âmbito legislativo, sobrevindo decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de valer, também, para mudança da jurisprudência no período retro.

À vista disso, a questão a ser investigada é se a Anterioridade Eleitoral tem alcançado seu propósito de provocar mais Segurança Jurídica ao Processo Eleitoral, mormente no que corresponde à sua interpretação pelos Tribunais.

Entretanto, o que se tem captado é que a definição desse dispositivo constitucional, que careceria asseverar a Segurança Jurídica em matéria eleitoral, culmina recepcionando respaldo variável da própria jurisprudência, resultando como paradoxo a Insegurança Jurídica no que diz respeito a um instituto que carecia assegurar a própria Segurança Jurídica.

Nesse viés, a presente pesquisa tem o propósito de estudar a Segurança Jurídica, a Anterioridade Eleitoral e apontar caminhos para que se possa extrair, da regra constitucional, uma direção para que o Processo Eleitoral tenha maior cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A expressão “Segurança Jurídica” é vaga e polissêmica, transcorrendo o carecimento de se determinar seu sentido. Essa carência de rigor conceitual, em que se deve compreender Segurança Jurídica como previsibilidade absoluta e infalível, ou como previsibilidade relativa, somente, em alguma disposição, colabora para o ceticismo e para diversas incompatibilidades no tocante a sua pertinência, tendo potencial de provocar desapontamentos.

O Princípio da Segurança Jurídica é uma “norma jurídica que determina a adoção de comportamentos humanos que provoquem efeitos que contribuam para a promoção de um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito” (ÁVILA, 2012).

Para Norberto Bobbio, a Segurança Jurídica seria um “elemento intrínseco do direito”, sendo indispensável para que se evite o arbítrio e para proteger a igualdade jurídica (BOBBIO, 1951).

No mesmo sentido, Mezquita del Cacho assevera que a Segurança Jurídica é decisiva para a estabilidade do Estado, tendo se “consolidado como noção medular da Teoria Geral do Direito” (DEL CACHO, 1989).

Percebe-se, portanto, que a Segurança Jurídica é inerente ao próprio Direito, não se podendo desconsiderar a relevância de seu estudo, nem se exaurir de utilizá-la no momento legislativo e, igualmente, no julgamento de litígios no Sistema Judiciário.

Salienta-se, por conseguinte, que a Segurança Jurídica é imprescindível para a própria perpetuação do Direito, carecendo os legisladores e juristas lhe darem atenção, rotineiramente, para manter o Estado de Direito. Trata-se, portanto, de elemento constitutivo do Estado de Direito.

Conforme Ingo Sarlet, a Segurança Jurídica é reconhecida, há muito tempo, como um Direito Fundamental, essencial para o Estado de Direito, sendo um Princípio Fundamental da própria ordem jurídica estatal e merecendo “papel de destaque na constelação dos Princípios e Direitos Fundamentais” (SARLET, 2004).

Concebe-se a Segurança Jurídica como “uma norma-princípio que exige a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do e pelo Direito, com base na sua cognoscibilidade” (ÁVILA, 2012).

A Segurança Jurídica, dessa forma, “determina a proteção de um ideal de coisas cuja realização depende de comportamentos, muitos dos quais já previstos expressamente [...]; como princípio, incorpora e positiva um valor em um nível maior de concretização”, e que denota

um estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade (ÁVILA, 2012).

DA INSEGURANÇA JURÍDICA LEGISLATIVA, JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA

A Segurança Jurídica é um Direito Fundamental advindo da própria noção de Direito. Não obstante, adquire demasiadas críticas, nomeadamente em virtude da imprecisão de seu conceito e da ausência de uniformidade no seu tratamento.

A indubitabilidade das normas – com a consecutiva infalibilidade do Direito – correntemente foi substancial para a convivência social. A Segurança Jurídica é uma conjectura salientar para a execução adequada das liberdades e dos Direitos Humanos.

Atualmente, a Segurança Jurídica não busca apenas a escassez da dúvida, a certeza, resolvida pela pura legalidade, mas também a que diligencia a carência, de temor, com a salvaguarda das Liberdades Fundamentais e dos Direitos Humanos, almejando a “erradicação da violência na convivência, mediante a promoção do diálogo ou discussão pacífica de todas as opções ideológicas concorrentes no pluralismo político de uma sociedade” (MEZQUITA DEL CACHO, 1984).

O ordenamento jurídico pátrio convive com a insegurança, padecendo de ausência de estabilidade, seja normativa, seja jurisprudencial. Não obstante, em alguns ramos do Direito, nem mesmo a Doutrina serve de esteio para a Segurança Jurídica. Nesse contexto, três aspectos contribuem para a Insegurança Jurídica que se vive: Insegurança Legislativa, Jurisprudencial e Doutrinária.

Para Guido Alpa, Insegurança Legislativa e Jurisprudencial são duas grandes mazelas para a certeza do Direito, em razão da quantidade excessiva de normas, não raras vezes obscuras, e as diferentes interpretações dadas pelos julgadores, com a conseqüente imprevisibilidade das decisões. Uma atua no Direito posto, e outra, na sua interpretação (ALPA, 2006).

Obviamente, a progressão do Direito exige comutação legislativa, porém a crise da modernidade com sua ansiedade e descontentamento acaba por apressurar as mudanças normativas, sendo elas inesperadas e sem maiores justificações, consternando ainda mais a Segurança Jurídica, até mesmo com a desvio da confiança na ação estatal por seus objetos. Não se trata de leis imortalizas, mas da vantagem para o ordenamento jurídico de leis estáveis e longevas.

Outrossim, não se refere à mera substituição de leis antigas por leis novas, e sim, da adição de novas leis ao já vasto manancial normativo existente, todas coexistindo, em verídica hipertrofia legislativa.

Indispensável que se averigüe que não há como pressagiar e legislar sobre tudo, não sendo a proliferação legislativa solução para as angústias do mundo moderno. O excesso normativo cria mais demandas do que responde às já existentes.

E essa Insegurança Legislativa, perceptível no Direito em geral, conquista ênfase quando se fala em Direito Eleitoral, em razão das constantes minirreformas eleitorais. Além de não haver uma unidade legislativa, com a descentralização de textos normativos que abarcam a matéria, ainda há uma profusão de reformas legislativas, pelo menos a cada quatro anos, em véspera de eleições gerais.

E, mais recentemente, com relevantes alterações às portas de eleições municipais, como se pode ver nos pleitos de 2016 (Lei no 13.165/2015) e 2020 (Lei no 13.877/2019).

Aliás, conforme pesquisa de Diogo Rais, mesmo após a Lei no 9.504/1997, prevista para ser a Lei Geral das Eleições em substituição à necessidade das chamadas “lei do ano”, surgiu-se “mais reformas nesta lei do que eleições no país, ou seja, continua-se – de alguma maneira – a produzir regras a cada eleição” (RAIS, 2018).

Outro particularismo do Direito Eleitoral relaciona-se às Resoluções emanadas da Justiça Eleitoral, no exercício de sua função normativa, sobretudo, com o objetivo de regularizar os pleitos eleitorais.

Tais Resoluções, que têm força de Lei, podendo, até mesmo, ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), sistematicamente, modernizam no que se refere ao texto legal, acarretando ainda mais perplexidades para o Processo Eleitoral.

Pode-se, exemplificativamente, referir as Resoluções emitidas para o prélio de 2014, que trouxeram inovações à Legislação Eleitoral, como a combinação do prazo de substituição para candidatos às eleições proporcionais e majoritárias, em que se utilizaram parâmetros da Lei no 9.504/1997 (Lei das Eleições) antes e depois da minirreforma eleitoral (Lei no 12.891/2013), e o prazo para apresentação das prestações de contas parciais, que não utilizou a previsão da Lei no 9.504/1997 anterior, nem a redação posterior à minirreforma Eleitoral.

Mais à frente da instabilidade legislativa, há que se atentar também para a instabilidade jurisprudencial, em razão das interpretações dissonantes e claudicantes, com mudanças de orientação, que podem gerar menor confiabilidade e calculabilidade ao Direito.

É atributo da jurisprudência a maleabilidade, favorecendo a moldagem em relação ao Direito escrito, sendo necessária a evolução jurisprudencial para que não haja uma separação entre o Direito e a realidade social.

Sem embargo, incompatibilidades jurisprudenciais e decisões incompreensíveis para seus destinatários são fontes de Insegurança Jurídica. As prescrições jurisprudenciais necessitam ser pautadas pela estabilidade, concedendo aos jurisdicionados alguma sorte de calculabilidade.

E a instabilidade jurisprudencial é potencializada no Direito Eleitoral, caracterizado pelas mudanças jurisprudenciais, muitas advindas da periódica alteração da composição dos Tribunais, uma vez que os juízes eleitorais cumprem mandatos de dois anos, podendo ser reconduzidos apenas para mais um biênio.

Em decorrência disso, não é incomum se deparar, dentro de uma mesma eleição, em espaço curto de tempo, com orientações jurisprudenciais distintas.

A Insegurança Jurídica no Direito Eleitoral é tanta que não se admira que haja, até mesmo, desconhecimento de qual regra é válida, o que gera uma falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico, retirando do Direito a sua função de orientação.

Dessa forma, percebe-se, inclusive, que a própria definição de Segurança Jurídica é mutável, havendo inúmeras divergências doutrinárias sobre sua conceituação e definição, não contribuindo, portanto, para a resolução da Insegurança Jurídica que tornea o ordenamento, em razão da Insegurança Doutrinária que assola o Direito.

Ademais, há uma ausência de confiabilidade do Direito, tendo em vista a inconstância das decisões, não havendo verdadeira calculabilidade do ordenamento jurídico.

DA ANTERIORIDADE ELEITORAL

A Segurança Jurídica, que é inerente à própria noção de Direito, torna-se ainda mais relevante quando se está diante do Direito Eleitoral, tendo em vista que se está tratando, em essência, de Democracia. Como se não bastasse, em matéria eleitoral o Legislador é o próprio destinatário da norma, razão pela qual a Segurança Jurídica demanda atenção especial.

Assim, para evitar casuísmos e violação da isonomia, buscando impedir que a maioria da vez confeccione normas benéficas aos seus interesses e prejudiciais à minoria circunstancial, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 16, a regra da Anterioridade Eleitoral.

Trata-se de importante materialização do Princípio da Segurança Jurídica, visto que “quanto mais inseguras e instáveis forem as regras eleitorais, mais fácil deverá ser a manipulação jurídica da disputa eleitoral, podendo – entre outros desvios – facilitar a perpetuação do poder e dificultar o acesso de novos candidatos e partidos” (RAIS, 2017).

A regra da Anterioridade Eleitoral ou da Anualidade está prevista no art. 16 da Constituição, tendo sua redação original sido alterada

pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993, passando a dispor que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. A alteração do dispositivo se deu em razão de que, anteriormente à EC nº 4, o art. 16 dispunha que “a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação”.

Trata-se de uma Garantia Fundamental componente do plexo de Garantias do Devido Processo Legal Eleitoral, que foi introduzida para pôr um ponto final no costume então vigente de se alterar a Legislação Eleitoral no ano do prélio, amiudadamente para beneficiar o grupo político dominante, servindo como uma barreira constitucional contra as leis casuísticas editadas no decorrer do Processo Eleitoral.

Prontamente, nota-se que se trata de uma regra que materializa o Princípio da Segurança Jurídica, a fim de evitar a promulgação de leis casuísticas, servindo como importante barreira para a proteção do Devido Processo Legal Eleitoral.

Destacam Fux e Frazão que “*a ratio essendi* da Anualidade Eleitoral é de garantia da Segurança Jurídica inerente e necessária à estabilidade do Regime Democrático, de ordem a evitar o ‘efeito surpresa’, com a criação de novas inelegibilidades, *in itinere*, durante o jogo democrático” (FUX, FRAZÃO, 2016).

A Constituição busca salvaguardar o Processo Eleitoral de mudanças casuísticas, que possam atender aos desígnios de quem é, simultaneamente, legislador e destinatário da norma, e que, por disputar a eleição, poderá ser tentado a introduzir alterações legislativas que o favoreçam ou que prejudiquem seus adversários.

Aliás, o Princípio da Anterioridade compreende uma conjectura de que qualquer alteração no Processo Eleitoral afigura um coeficiente de instabilidade entre as variadas forças jurídicas adversárias, não se concebendo diferenciação entre Leis Gerais e Abstratas e Leis Casuísticas; em virtude disso, qualquer lei que modifique o Processo Eleitoral, por abarcar uma advertência à isonomia entre os concorrentes, está submetida à regra de Anualidade.

Assim, além de evadir casuísmos, procura-se salvaguardar a isonomia, com o intuito de asseverar aos oponentes um certame em igualdade de condições.

No decorrer da evolução da interpretação da Anterioridade Eleitoral pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a Anterioridade Eleitoral passou a ser vista como uma Garantia Fundamental do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos.

Percebe-se, por conseguinte, que o Princípio da Anterioridade integra o chamado Devido Processo Legal Eleitoral, sendo consolidado, pela jurisprudência do STF, como Cláusula Pétrea.

A respeito da Anterioridade Eleitoral, há um considerável montante de acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF), levando em consideração as contínuas mutações e inovações da Legislação Eleitoral, não infreqüentemente, efetuadas no período compreendido na previsão do art. 16 da Constituição Federal de 1988.

E esse é o assunto primordial a ser abordado: a Anterioridade Eleitoral, que seria uma Garantia do Devido Processo Legal, capaz de propiciar maior Segurança Jurídica ao Direito Eleitoral, sofre de nítida Insegurança Jurisprudencial em sua aplicação.

No mais das vezes, a Insegurança Jurídica decorre da ausência de uma definição da expressão Processo Eleitoral, em que pese o Supremo Tribunal Federal tenha consagrado sua definição como uma sucessão ordenada de atos, cujo *iter* se desenvolve desde a fase pré-eleitoral, com apresentação das candidaturas e a realização da propaganda eleitoral, passa pela fase eleitoral propriamente dita, com a realização da votação, e estende-se para a fase pós-eleitoral, que evolui até a diplomação dos candidatos eleitos e de seus respectivos suplentes.

Conforme Fux e Frazão, “a expressão Processo Eleitoral foi utilizada pelo constituinte no sentido colhido da teoria geral do direito, como série concatenada de atos dirigidos a uma finalidade, qual seja: a definição dos mandatários políticos mediante o jogo democrático” (FUX, FRAZÃO, 2016).

DA INSEGURANÇA JURÍDICA E A ANTERIORIDADE ELEITORAL

Para Gilmar Mendes, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a Anterioridade Eleitoral, após a EC nº 4/1993, pode ser dividida em duas fases: a primeira envolveria os julgamentos das ADI 733, 718 e 354; a segunda, os julgamentos das ADI 3.345, 3.685, 3.741 e ADI-MC 4.307, (MENDES, 2013).

Os primeiros dois precedentes, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 733 e 718, discorriam sobre a Inconstitucionalidade de Leis Estaduais que originavam novos municípios em ano eleitoral. Em ambos precedentes, sucedeu o entendimento de que determinado fato não modificava o Processo Eleitoral, não se aplicando a regra da Anterioridade Eleitoral disposto no art. 16 da CF/88.

Impõe-se salientar que os referidos julgados expressaram que a lei de que trata o art. 16 da Constituição é a lei emanada do Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União, razão pela qual não se aplicaria às leis estaduais.

Já, na ADI 354 que abordava sobre a aplicação da Lei no 8.037/1990 e que alvoreceu regras referentes à apuração de votos, instituiu-se um desacordo no que se refere ao conteúdo da expressão “Processo Eleitoral”, agrupando os votos majoritários no entendimento que a norma hostilizada não infringiria a Anterioridade Eleitoral, captando que o Processo Eleitoral abrangeria somente normas eleitorais de caráter instrumental ou processual e não as que relaciona-se ao Direito Eleitoral Material ou Substantivo.

Incontinentemente, evidencia-se o desacerto do entendimento consagrado nos votos vencedores, eis porque o Processo Eleitoral não se confunde com Direito Processual Eleitoral, visto que a previsão do art. 16 da Constituição demanda tutelar os pleitos eleitorais de leis casuísticas que comprimam a isonomia de oportunidade entre os candidatos e, por este motivo, conspurquem a lisura das eleições;

e tais casuísmos ou desigualdades não são causados por normas de Direito Processual, mas sim, Substancial.

Eventualidade esta, o julgamento da ADI 354 findou representando o princípio da transição para a segunda fase da jurisprudência do STF sobre a Anterioridade Eleitoral, visto que os votos vencidos conceberam que a interpretação do art. 16, CF/88 deve levar em conta dois aspectos fundamentais: o significado da expressão “Processo Eleitoral” e a teleologia da norma constitucional.

Aliás, o Princípio da Anterioridade abrange uma presunção de que qualquer mudança no Processo Eleitoral representa um coeficiente de instabilidade entre as variadas forças jurídicas adversárias, não se constituindo distinção entre leis gerais e abstratas e leis casuísticas; destarte, qualquer lei que modifique o Processo Eleitoral, por instituir uma ameaça à homogeneidade entre os concorrentes, está submetida à regra de Anualidade.

A alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal em virtude do Princípio da Anterioridade Eleitoral se deu por meio do julgamento da ADI 3.345/DF, de 2005, em que passaram a sobrepular os indicadores da perspectiva dessa norma constitucional anteriormente definidos pelos votos vencidos na ADI 354.

A ADI 3.345/DF tratou do questionamento da Resolução 21.702/2004 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que adotou o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da proporcionalidade do número de vereadores, estatuída pelo art. 29, IV, da Constituição Federal de 1988.

Entrementes, o STF reconheceu, passível de Controle Abstrato de Constitucionalidade, ato normativo emanado do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), atentando para a autonomia jurídica e a suficiente densidade normativa da Resolução hostilizada. E, no que se referia ao Princípio da Anterioridade, julgou o Supremo Tribunal Federal que a Resolução não feria o art. 16 da Constituição, porém confirmou o sentido da expressão “Processo Eleitoral” e a teleologia da norma proveniente dos votos vencidos da ADI 354, constando, inclusive, em sua ementa.

Urge acentuar, não obstante a consagração da definição da expressão “Processo Eleitoral” e da teleologia do Princípio da Anterioridade Eleitoral, a ADI 3.345/DF não reconheceu ter acontecido a violação do art. 16 da Constituição Federal.

Nesse viés, é que o julgamento da ADI 3.685/DF, simboliza uma referência no desenvolvimento jurisprudencial sobre o art. 16 da Constituição, vez que foi a primeira vez que o STF aplicou a norma constitucional para impossibilitar a vigência imediata de uma norma eleitoral.

Diante disso, o ato normativo contestado foi a Emenda Constitucional nº 52/2006, que tencionava o desfecho da verticalização das coligações, contudo não foi aplicada ao pleito eleitoral daquele ano, como, anteriormente, explanado.

Sem embargo, há que se destacar que o julgamento do STF comprovou ser admissível o disposto no art. 16 da Constituição em face de Emendas Constitucionais, confirmando a elasticidade do vocábulo “lei” previsto.

Assim, nota-se que, por lei que modifique o Processo Eleitoral, a jurisprudência do STF, que já expandira o entendimento para as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), neste instante o fazia em face de normas emanadas do Poder Constituinte Derivado, tratando-se, efetivamente, de qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato.

Outrossim, fundamentado nesse julgamento, a Anterioridade Eleitoral passou a ser percebida como uma Garantia Fundamental do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos, como já supramencionado.

Seguidamente, na ADI 3.741, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser a Lei nº 11.300/2006 aplicável ao pleito daquele ano.

Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal considerou – já em pleno curso as eleições gerais –, que a referida lei, de um mês predecessor do começo do período de realização das convenções, não impactava a isonomia de conjuntura entre os candidatos, não trazendo qualquer vício das eleições, não gerando perturbação do

pleito e não tendo qualquer propósito casuístico, razão pela qual a lei não modificava o Processo Eleitoral.

O Supremo Tribunal Federal ainda analisou a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade no 4.307 que suspendeu a aplicação da EC no 58/2009, na parte em que determinava a retroação, para atingir pleito eleitoral já realizado em 2008, dos efeitos das novas regras constitucionais sobre limites máximos de vereadores nas Câmaras Municipais.

No julgado retro, regulou-se o entendimento de que o vocábulo lei do art. 16 da CF/88 deve ser entendido de maneira ampla, compreendendo qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato, emanada do Congresso Nacional, consolidando-se, similarmente, o sentido do termo “Processo Eleitoral” e a teleologia da norma constitucional, bem como que o Princípio da Anterioridade Eleitoral estabelece uma Garantia Fundamental do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos, que, tipificada como Cláusula Pétrea, compõe o entrelaçamento de Garantias do Devido Processo Legal Eleitoral.

O caso mais representativo e contemporâneo, entretanto, deu-se em relação à Lei Complementar no 135/2010, a denominada “Lei da Ficha Limpa”.

A redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 04, que modificou o §9º do art. 14 da CF/88, pressagiava que Lei Complementar estabeleceria outros sucedidos de inelegibilidade para preservar a probidade administrativa e a moralidade para o funcionamento do mandato considerando a vida antepositiva do candidato, evidenciando o carecimento de se proceder na demanda da Lei das Inelegibilidades.

No que corresponde ao Princípio da Anterioridade Eleitoral, asseverou-se a execução ou não da Lei da Ficha Limpa ao prélio eleitoral de 2010, devido ter entrado em vigor às vésperas do início do período para a concretização das convenções e, deste modo, tornando-se subsequente ao prazo de um ano antes das eleições, como previsto no art. 16 da Constituição. Ademais, a matéria foi objeto da Consulta 112.026/DF do TSE e do Recurso Extraordinário 633.603/MG do STF.

No julgamento supramencionado, com fundamento no Princípio da Anterioridade, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu não ser aplicável a Lei da Ficha Limpa ao prélio eleitoral de 2010, já com os mandatos obtidos naquela eleição em absoluto seguimento, porquanto o julgamento tão somente sucedeu em março de 2011, comprovando a cristalina Insegurança Jurídica que assola o Direito Eleitoral em geral e que assolou aquela eleição em concreto.

Em relação à Lei da Ficha Limpa, não se contraia o entendimento que a mudança em norma de inelegibilidade, em que está em destaque a capacidade eleitoral passiva, o direito político de ser votado interfere no processo político de escolha dos candidatos. Quando se trata de inelegibilidade, está-se discorrendo quem será capaz de ser candidato em um pleito de um Processo Eleitoral.

Essa circunstância perturba o processo de escolha do cidadão-candidato de se filiar ou não a uma agremiação partidária, afetando a consumação das convenções e a possibilidade ou não de escolha e posterior registro de um candidato por um partido político, bem como deteriora o parecer relativamente a eventual desincompatibilização para concorrer a um cargo eletivo.

Neste âmbito, uma lei que estabelece quem é capaz ou não de ser candidato em um pleito eleitoral é uma clara possibilidade de ato normativo que modifica o Processo Eleitoral, impondo-se a aplicação do art. 16 da Constituição, sob pena de violação da Segurança Jurídica.

Se porventura se compreendesse que a alteração de normas concernentes à inelegibilidade não violaria o Processo Eleitoral, poder-se-ia perquirir a alteração, pelo legislador, a cada eleição, da Lei de Inelegibilidades, com o intuito de isolar oponentes.

Nessa acepção, a Lei da Ficha Limpa acometeu-se numa fase específica do Processo Eleitoral, assinalada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se principia com a identificação das candidaturas pelos partidos políticos, intervalo em que eram realizadas as convenções partidárias previamente às mudanças incluídas pelas leis nº 12.891/2013 e nº 13.165/2015, em razão de o processo político de escolha de candidaturas ser muito mais complexo e ter seu primórdio

com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano antecedente.

Nesse ínterim, a regra da Anterioridade Eleitoral, de acordo com decisão do STF em que foi reconhecida Repercussão Geral, passou a ser aplicável, similarmente, às decisões do Tribunal Superior Eleitoral que modifiquem entendimento consolidado.

Percebe-se, perante o exposto, a instabilidade jurisprudencial acerca da aplicação da regra da Anterioridade Eleitoral, singularmente em consequência da carência de uma acepção sólida no tocante a expressão “Processo Eleitoral”, consolidando Insegurança Jurídica acerca de uma regra cujo objetivo é trazer Segurança Jurídica.

Imprescindível, pois, para a Segurança Jurídica e para o Direito Processual Eleitoral, o estudo da regra da Anterioridade Eleitoral, Cláusula Pétrea Fundamental para o Devido Processo Legal Eleitoral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Que o Direito Processual Eleitoral necessita de Segurança Jurídica não há questionamentos. São inúmeros os exemplos de Insegurança Legislativa e Jurisprudencial que infestam significativo campo do Direito, responsável, ao fim e ao cabo, pela própria democracia.

Para suplantar a Insegurança Jurídica, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a regra da Anterioridade Eleitoral, legítima Cláusula Pétrea, que demanda evitar casuísmos, salvaguardar a igualdade e garantir a pluralidade política e o direito das minorias, com a preservação das normas.

Refreando modificações legislativas e jurisprudenciais que alterem o Processo Eleitoral a menos de um ano da eleição, a Anterioridade aprecia o princípio de Segurança Jurídica, para revigorar a cognoscibilidade do ordenamento jurídico que rege o pleito, bem como por atrair maior confiabilidade advinda da estabilidade normativa.

Todavia, a regra que tem por objetivo trazer Segurança Jurídica ao Direito Eleitoral perfaz vivenciada de Insegurança Jurisprudencial

com os dispares entendimentos realizados no decorrer dos anos, razão pela qual se torna necessário o aprofundamento doutrinário do tema. É nessa circunstância que se evidencia a doutrina eleitoralista brasileira, que vem se destacando, nacional e internacionalmente.

Dessa forma, para que a regra da Anterioridade Eleitoral possa verdadeiramente trazer significativa Segurança Jurídica ao Direito Eleitoral, imperiosa a legítima compreensão do significado da expressão “Processo Eleitoral”, tanto na atual concepção dada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como *iter temporal* que perpassa as fases pré-eleitoral, eleitoral e pós-eleitoral, quanto no aspecto material que visa salvaguardar a Democracia e a participação dos cidadãos na escolha dos seus representantes, a partir das decisões e definições dos atores eleitorais.

A Anualidade Eleitoral assegurada pela norma constitucional consente que se revista o Processo Eleitoral de intervenções que maculem a lisura do exercício da Democracia Representativa, trazendo cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade para os partidos e candidatos na definição de suas estratégias e decisões. E por meio dessas conceituações, favorecendo aos cidadãos brasileiros a melhor escolha dos seus representantes.

No mais, a regra da Anterioridade, ao viabilizar Segurança Jurídica ao Direito Eleitoral, consolida a própria Democracia. Desse modo, é fundamental que haja estabilidade normativa e jurisprudencial em período crucial para a tomada de decisão pelos diferentes indivíduos do Processo Eleitoral, especialmente em razão de que mudanças repentinas, às portas das eleições, geralmente servem a interesses casuísticos e nocivos à saudável disputa eleitoral.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Josevando Souza. Lei da ficha limpa: análise de sua eficácia à luz dos princípios constitucionais. Estudos Eleitorais, Brasília, v. 6, n. 2, p. 56, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e reatização do Direito Tributário**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOBBIO, Norberto. **La certezza del diritto è un mito?** Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, n. 28, 1951.

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.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. Novos paradigmas do direito eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In: FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo. Constitucionalismo e democracia. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 528.

MEZQUITA DEL CACHO, José L. Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989.

RAIS, Diogo. **A metamorfose da legislação e o princípio da anualidade eleitoral**. Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político - REDESP, São Paulo, v. 1, n. 1, p. [1-18], jul./dez. 2017, p. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). **Constituição e segurança**

jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO NA LINHA DE FRENTE DO COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19

Josias Dias de Oliveira¹

RESUMO

O Direito Administrativo brasileiro se dedica, dentre outros temas, ao estudo da Administração Pública em sentido subjetivo e objetivo, assim como o regime jurídico administrativo, as prerrogativas, privilégios e Poderes da Administração (DI PIETRO, 2017). O surgimento da pandemia da COVID-19 trouxe diversas mudanças no cotidiano dos países e de seus cidadãos, sendo fundamental que o Estado tomasse atitudes com o fim de evitar a proliferação do vírus em território nacional. Para tal, utilizou-se de um de seus Poderes Administrativos, o Poder de Polícia. Através da abordagem qualitativa, foi feita um estudo dos dispositivos da Lei nº 13.979/2020, a fim de analisar o enquadramento desta como sendo ato de Poder de Polícia e dentro dos limites regradados pela Constituição Federal. Em um primeiro momento foram feitas considerações acerca da doença, analisando dados publicados pelo Ministério da Saúde sobre a proliferação desta. Em seguida, foi feita uma análise da lei, sob o prisma do Poder de Polícia trabalhado por diversos autores do cenário nacional e internacional. Concluiu-se, ao final, que o Poder de Polícia, limitado pela Carta Magna, é uma ferramenta atual e eficaz na resolução de situações imprevisíveis e extraordinárias, como o surto do novo coronavírus em 2019 e sua conseqüente expansão pelo mundo, demonstrando que o Direito Administrativo brasileiro, assim como as instituições que fundam o país e estão na linha de frente no enfrentamento da doença, são imprescindíveis no combate ao surto.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Poder de Polícia. Lei 13.979/2020. COVID-19.

¹ Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário UNIFAMINAS – Campus Muriaé/MG, 2018/2022 (josias-dias2@hotmail.com)

ABSTRACT

The Brazilian Administrative Law is dedicated, among other topics, to the study of the Public Administration subjective and objective sense, as well as the administrative legal regime, the prerogatives, privileges and powers of the Administration. The emergence of the pandemic of COVID-19 brought several changes in the everyday of countries and their citizens, being fundamental that the State to take actions to avoid the proliferation of the virus in national territory. For that, used one of their Administrative Powers, the Police Power. Through the qualitative approach, was made an approach of the devices of the Law 13.979/2020, in order to examine its framework of being an act of Police Power and inside the rules of the Federal Constitution. At first were made considerations about the disease, analyzing data published by the Ministry of Health about the spread of the sickness. Then, was made an analysis of the law, under the prism of the Police Power, labored by several authors of national and international scenario. Concluded up, at the end, that the Police Power, limited by the Magna Carta is a current and effective tool on resolution of unpredictable and extraordinary situations, like the outbreak of the new coronavirus in 2019 and its consequent expansion through the world, demonstrating the Brazilian Administrative Law, just like the institutions that found the country and it's in the frontline coping the disease, are indispensable in the combat of the epidemic.

Keywords: Administrative Law. Police Power. Law 13.979/2020. COVID-19.

INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19 surpreendeu a todo o mundo, por tratar-se de uma doença desconhecida que se alastrava descontroladamente, violando barreiras sanitárias, fronteiras, desconhecendo limites, sem qualquer vacina preventiva ou cura conhecida para ela, o que levou à fatídica estatística de milhões de mortos pelo mundo.

Tornou-se imperativo que os países do mundo, orientados pelas diretrizes da Organização Mundial da Saúde, tomassem atitudes para conter o avanço da pandemia em seus respectivos territórios, com medidas restritivas, tais como a obrigatoriedade do uso de máscaras em ambientes abertos e fechados, o cancelamento de reuniões públicas em respeito ao isolamento social, dentre outros.

O Brasil promulgou, antes mesmo de o primeiro caso confirmado da doença em território nacional, a Lei nº 13.979/2020, dispondo sobre as medidas passivas de serem tomadas pelo Estado a fim de combater o avanço da pandemia no país, quando essa o atingisse.

Este artigo pretende analisar os atos oriundos do art. 3º, da Lei nº 13.979/2020, a fim de demonstrar as medidas impositivas do Poder de Polícia tomadas pelo Estado brasileiro, através do referente artigo, na persecução do interesse público de erradicar a pandemia da COVID-19.

São feitas, inicialmente, considerações acerca da pandemia, sua definição, origem, assim como apontamentos acerca de sua dispersão pelo mundo e estatísticas referentes à sua letalidade indubitável.

Acerca da Lei 13.979/2020, dos Poderes Administrativos presentes no texto legal, especificamente do Poder de Polícia presente no art. 3º e incisos, dispõe sobre sua natureza jurídica e suas limitações, impostas pela própria Constituição Federal.

Ressalta, por fim, que o Poder de Polícia não é um resquício de autoritarismo e discricionariedade de um déspota, mas sim de um instrumento da Administração Pública a fim de perseguir o interesse coletivo sobre o interesse particular, não restando dúvidas de que a lei enfrentou a temática da pandemia em sua integralidade, em respeito às liberdades individuais fundamentais.

A metodologia adotada foi de abordagem qualitativa, tendo em vista a finalidade do objeto de pesquisa, qual seja, a Lei nº 13.979/2020 e sua natureza subjetiva.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PANDEMIA DA COVID-19

A despeito de todas as teorias acerca da origem do novo coronavírus, é sabido que o primeiro caso de infecção pela doença se deu na cidade de Wuhan, na China, em dezembro de 2019, rapidamente se espalhando pelo mundo, tornando-se, em questão de meses, uma pandemia sem precedentes (G1, 2020).

Conforme o Ministério da Saúde, a COVID-19 é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global ⁽²⁰²¹⁾. De acordo com o órgão, ela é transmitida por meio de contato direto com pessoa infectada ou com objetos e superfícies contaminados, por meio de exposição a gotículas respiratórias expelidas, contendo vírus, por uma pessoa infectada quando ela tosse ou espirra, principalmente se se encontra a menos de 1 (um) metro de distância da outra, e por meio de gotículas respiratórias menores (aerossóis) contendo vírus e que podem permanecer suspensas no ar, serem levadas por distâncias maiores que 1 (um) metro e por períodos mais longos ⁽²⁰²¹⁾.

Segundo o Dicionário Escolar da Língua Portuguesa, a palavra “pandemia” pode ser definida como doença endêmica que se estende a muitos países, ou que atinge muitas pessoas numa zona geográfica ^(2008, p. 943). Diversos foram os fatores que contribuíram para o rápido alastramento da doença ao redor do globo, tais como

temperatura baixa e, conseqüentemente, população menos exposta aos raios ultravioleta do sol e com menor nível de vitamina D no sangue; maior proporção de idosos e, portanto, maior expectativa de vida; maior número de turistas internacionais nos primeiros dias da epidemia; início precoce do surto (países onde a doença chegou primeiro demoraram mais para tomar medidas de prevenção); maior prevalência de câncer de pulmão, de câncer em geral e de DPOC (doença pulmonar obstrutiva crônica);

maior proporção de homens obesos; maior taxa de urbanização, maior consumo de álcool e tabaco; e hábitos de saudação que envolvem contato físico, como beijo, abraço ou aperto de mão (TOLEDO, 2020).

A circulação da doença ao redor do mundo permitiu que diversas novas variantes da COVID-19 se espalhassem, mais infecciosas e mais letais. Dados do Ministério da Saúde afirmam que somente no Brasil a doença vitimou mais de 647.000 (seiscentas e quarenta e sete mil) vidas desde que chegou ao país em 26 de fevereiro de 2020⁽²⁰²²⁾, tornando-se imperativo que o Estado brasileiro contivesse a pandemia através de seus poderes, manifestados pela Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

A “LEI DA COVID”

Em virtude do estado de calamidade pública a que o país estava submetido decorrente da chegada do novo coronavírus ao território brasileiro, foi sancionada a Lei nº 13.979/2020, apelidada de “Lei da COVID”, a fim de determinar as formas de enfrentamento da pandemia pela administração pública federal, estadual, municipal e distrital.

A supramencionada lei caracteriza-se por ser a demonstração da ação dos chamados Poderes Administrativos. Na lição de Matheus Carvalho os Poderes Administrativos são prerrogativas do Estado mecanismos de trabalho por meio dos quais os órgãos e entidades executam suas funções na persecução do bem comum, vedados o excesso de poder e o desvio de poder^(CARVALHO, 2018).

Segundo Carvalho (2018, p. 142), os Poderes Administrativos subdividem-se em 4 (quatro), quais sejam, o Poder Normativo (ou Regulamentar), o Poder Hierárquico, o Poder Disciplinar e o Poder de Polícia, e devem ser rigorosamente observados e estudados, a fim de se evitar o abuso de poder, seja por condutas comissivas ou condutas omissivas por parte dos administradores.

No texto legal a aplicação correta e concreta do Poder de Polícia, demonstrando a persecução do interesse comum, que, no caso, é o enfrentamento e o fim da pandemia da COVID-19 e o protagonismo do Estado brasileiro em tomar a frente do combate à pandemia, seguindo os dispositivos da Organização Mundial da Saúde (SOCIEDADE BRASILEIRA DE PNEUMOLOGIA E TISIOLOGIA, 2022).

3.1 O PODER DE POLÍCIA DISCIPLINADO NA LEI Nº 13.979/2020

O Poder de Polícia pode ser conceituado, nas palavras de Marinela (2012), como sendo “uma atividade da Administração Pública que se expressa por meio de seus atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral e, na forma da lei, de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ações fiscalizadoras, preventivas e repressivas”.

Também é definido pelo art. 78, do Código Tributário Nacional:

Art. 78: Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único: Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Outra definição, trazida nas palavras de Mayer (1950, p. 19), define o poder de polícia como sendo a “ação da autoridade para fazer cumprir o dever, que se supõe geral, de não perturbar de modo algum a boa ordem da coisa pública”. Complementarmente, Meirelles (1996, p. 115) leciona: “é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

A despeito de todas as definições trazidas à baila, indiscutível o fato de que o Poder de Polícia se trata de uma atuação concreta e incisiva do Estado na persecução da concreção do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, editando normas e atos concretos com o fim último de resguardar a sociedade, impondo deveres aos administrados e, como no caso da Lei *supra*, limitações.

O Poder de Polícia possui 3 (três) características inerentes a ele, sendo elas a autoexecutoriedade, a coercibilidade e a discricionariedade. A autoexecutoriedade é o poder da Administração Pública de executar suas próprias decisões, por seus próprios meios, sem necessidade de tutela judicial (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2022). A coercibilidade, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2019, p. 187) é a imperatividade de que se revestem os atos de polícia, pois que se a atividade corresponder a um poder, decorrente do *ius imperii* estatal, há de ser desempenhada de forma a obrigar todos a observarem seus comandos. Por fim, de acordo com os ensinamentos de Meirelles (2016, p. 159), a discricionariedade nada mais é que a livre escolha da Administração da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia na aplicação de sanções e meios conducentes para atingir o fim de proteger o interesse público.

O Poder de Polícia recebe críticas (FRANCO, 2012), por se tratar de limitações a liberdades constitucionais dos administrados e na imposição de deveres positivos e negativos a esses; trata-se, afinal, de um remanescente de um poder utilizado de forma autoritária outrora e ainda hoje, tendo em vista a possibilidade de se atentar contra garantias fundamentais já positivadas. Contudo, assinala-se

que o Poder de Polícia é limitado pelas garantias advindas do Estado de Direito, positivados na Constituição.

O conceito de Estado de Direito, inclusive, opõe-se ao autoritarismo, sendo definido como submissão dos administrados a um estado de direito que devem respeitar as normas estabelecidas pela sociedade na qual estão inseridos, com seus direitos fundamentais garantidos, com a submissão dos líderes às leis vigentes, a divisão tripartida dos Poderes de Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes entre si (RODRIGUES, 2021).

No que tange à Lei nº 13.979/2020 vemos o Poder de Polícia claramente estampado na forma do art. 3º e incisos, aqui transcritos:

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:

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;

III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual;

IV – estudo ou investigação epidemiológica;

V – exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI – restrição excepcional e temporária por rodovias, portos ou aeroportos, de:

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

VII – requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que:

a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países:

1. Food and Drug Administration (FDA);
2. European Medicines Agency (EMA);
3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA);
4. National Medical Products Administration (NMPA).

Pelo fato de o Poder de Polícia afetar diretamente a liberdade dos administrados, ele deve ser aplicado no mais estrito rigor legal, evitando-se o abuso de poder. Sendo assim, conforme estabelecido no §1º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, todas as medidas previstas só poderão ser determinadas com base em evidências científicas e análises sobre informações estratégicas em saúde, tendo, também, um limite de tempo e espaço restrito ao indispensável à promoção e preservação da saúde pública.

A Lei 13.979/2020 traz no art. 2º as definições de isolamento e de quarentena, mencionados nos incisos I e II. Vemos o Poder de Polícia atuando logo no inciso III do art. 3º, com a determinação compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, tratamentos médicos específicos ou vacinação e outras medidas profiláticas. A título de exemplo do alcance do Poder de Polícia, de acordo com a letra da lei, a vacinação contra a COVID-19 não é obrigatória, mas compulsória, sendo aquele que se recusar a receber a vacina sujeito às sanções previstas na lei.

O inciso III-A trata de uma das medidas mais comuns vistas em todos os países afetados pelo novo coronavírus, a utilização obrigatória de máscaras de proteção individual. Trata-se de mais uma

ação do Estado que impacta diretamente liberdades individuais, assim como a restrição excepcional e temporária de rodoviárias, portos e aeroportos, prevista no inciso VII.

Tais medidas limitadoras da liberdade individual foram e são necessárias para que o avanço do vírus e a escalada na contaminação fossem e ainda sejam freados. O uso de máscaras é comprovadamente meio eficaz na redução da transmissão do novo coronavírus (SALES, et al, 2020), assim como a restrição de rodovias e aeroportos, conforme demonstrado pelos dados do sítio eletrônico do Ministério da Saúde (2022), tendo em vista que foi dessa forma que o vírus se propagou ao redor do mundo. Nesse caso, abre-se mão de parte da liberdade individual disponível, a fim de que o coletivo possa se resguardar e que o interesse público prevaleça.

O inciso VII também é digno de atenção, que trata da requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas. Essa hipótese já estava prevista, anteriormente, no inciso XXV do art. 5º da Constituição Federal, cuja previsão expressa é a de a autoridade competente poder usar a propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior em caso de dano, no caso específico de iminente perigo público.

Tentou-se demonstrar que, apesar de o Poder de Polícia impor limitações e deveres de aplicação imediata e sob sanções aos seus administrados, sua aplicação está prevista e submetida nos ditames da Constituição Federal e do Estado de Direito, não se confundindo nem por um instante com autoritarismo e discricionariedade de um líder.

Destaca-se, assim, a atualidade do Poder de Polícia e da Constituição Federal em adequar-se às situações adversas impostas pela COVID-19. A rapidez na tomada de medidas foi e continua sendo primordial para o combate à pandemia, e demonstra a necessidade da correta tutela do Direito Administrativo e da Constituição Federal frente a tempos difíceis e incertos, evitando-se empecilhos como a falta de segurança jurídica, lesão a direitos individuais e garantias fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se demonstrar, através deste trabalho que o Poder de Polícia regrado, limitado e disciplinado nos ditames constitucionais é eficaz, necessário e atual para conter as crises e situações excepcionais que possam vir a acometer a população brasileira, como no caso da edição da Lei 13.979/2020 que tinha o fim de conter a disseminação do vírus da COVID-19 no Brasil, objeto de interesse público.

No que diz respeito ao Direito Administrativo e Constitucional, tenta demonstrar a atualidade desses no enfrentamento e resolução de situações imprevisíveis, como no caso da pandemia, mantendo-se como norte os fundamentos da República Federativa do Brasil, insculpidos nos incisos do art. 1º da Carta Magna e seus objetivos, expostos nos incisos do art. 3º da Constituição, respeitados os limites constitucionais, evitando-se a discricionariedade e o autoritarismo de um líder.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Saúde. **Como é transmitido?** Brasília, 08 de abr. de 2021, disponível em <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/como-e-transmitido>. Acesso em 25 de fev de 2022.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Entrada de viajantes no Brasil: veja quais são as regras no momento.** Brasília, 29 de nov de 2021, disponível em < Entrada de viajantes no Brasil: veja quais são as regras no momento – Português (Brasil) (www.gov.br)>. Acesso em 26 de fev. de 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é a Covid-19?** Brasília, 08 de abr. de 2021, disponível em <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em 25 de fev. de 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde.** Brasília, 24 de fev. de 2022, disponível em <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 24 de fev. de 2022.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 5. ed. ver. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 117 e 142.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 187.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (org.). **Auto-executoriedade administrativa.** Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8339-auto-executoriedade-administrativa>>. Acesso em: 27 fev. 2022.

Dicionário escolar da língua portuguesa / Academia Brasileira de Letras – 2. ed. – São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 943.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 86.

FRANCO, Marcos Roberto. **O Poder de Polícia no Contexto Atual**. 2012. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 46-58.

G1. **Qual é a origem do novo coronavírus?** 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/02/27/qual-e-a-origem-do-novo-coronavirus.ghtml>> Acesso em: 17 de mar. de 2022.

G1 (Paraná). **Mulher é presa em flagrante em Maringá revendendo álcool gel e máscaras de forma fracionada**. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2020/03/19/mulher-e-presa-em-flagrante-em-maringa-revendendo-alcool-em-gel-e-mascaras-de-forma-fracionada.ghtml>>. Acesso em: 28 de fev. 2022.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Niterói, Editora Impetus, 2012.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**: parte especial. Buenos Aires: Depalma, 1950, p. 19, t. II.

MEIRELLES, Hely Lopes, & BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016, p. 159.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Poder de Polícia e Segurança Nacional**. Brasília-DF: Revista Jurídica Virtual, 2002. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/802/790>. Acesso em: 27 de fev de 2022.

RODRIGUES, Pedro Eurico. **Estado de Direito**. 2021. Disponível em: <Estado de Direito - conceitos, história, importância - InfoEscola>. Acesso em: 28 de fev. de 2022.

SALES, Lucas Riolo, et al. **O uso de máscaras na prevenção do novo coronavírus**. Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, Belo Horizonte, 30 de jul. de 2020, disponível em < O uso de máscaras na prevenção do novo coronavírus (saude.mg.gov.br)>. Acesso em 26 de fev. de 2022.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PNEUMOLOGIA E TISIOLOGIA (Brasília). **Orientações da OMS para prevenção da COVID-19**. Disponível em <<https://sbpt.org.br/portal/covid-19-oms/>>. Acesso em: 17 de mar de 2022.

TOLEDO, Karina. **Estudo identifica fatores que contribuíram para disseminação inicial da COVID-19**. Agência Fapesp, São Paulo, 23 de jun. de 2020, disponível em <https://agencia.fapesp.br/estudo-identifica-fatores-que-contribuiram-para-disseminacao-inicial-da-covid-19/33453/>. Acesso em 24 de fev de 2022.

OS IMPACTOS DA IMPLEMENTAÇÃO DA TECNOLOGIA DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CENÁRIO PROCESSUAL BRASILEIRO

Felipe Gomes Venâncio

INTRODUÇÃO

A história nos mostra que a humanidade passou por diversos momentos de reestruturação, tanto em âmbito social quanto em âmbito estrutural, todos estes momentos foram marcados por episódios históricos que transcenderam os meros fatos e ações a eles intrínsecos, causando efeitos em escala mundial responsáveis por alterar a forma com que os povos evoluem e se adaptam às inovações tecnológicas.

A partir dos objetivos centrais das revoluções industriais e tecnológicas mais recentes, surgiu-se na última década a tecnologia de inteligência artificial que, apesar de nos momentos iniciais ser tratada apenas como fantasias criadas e imaginadas por roteiristas de filmes de ficção científica, hoje é vista como uma realidade cada vez mais presente na vida do homem. A tecnologia de IA, vem conquistando seu espaço em importantes áreas da sociedade, como nas mídias sociais, na gestão administrativa de empresas, na segurança de dados, e até mesmo em análises de tendência do mercado financeiro.

Como é inerente ao conceito e ao propósito do próprio direito, o mesmo foi criado e desenvolvido para satisfazer as necessidades da sociedade em que está inserido, de forma a fazer com que o ordenamento jurídico de determinada sociedade, acompanhe de maneira orgânica a evolução e o desenvolvimento da mesma. Assim, o direito está cada vez mais em busca de se adaptar às mais diversas formas de tecnologia para o melhor atendimento das necessidades da sociedade, tendo em vista a informatização dos processos e o uso cada

vez mais acentuado de novas tecnologias na rotina do poder judiciário nas mais diversas atividades administrativas e jurídicas.

Atualmente, muitas questões referentes à implementação da IA no judiciário, como a identificação de tarefas em que as mesmas podem ser implementadas, o grau de assertividade, e a ética no desenvolvimento bem como no uso destas tecnologias, são recorrentemente pautadas por todos aqueles que trabalham direta ou indiretamente na elaboração destes projetos

1. PODER JUDICIÁRIO E TECNOLOGIA: SUPERLOTAÇÃO E ALTERNATIVAS DIGITAIS

1.1 A CRISE DO JUDICIÁRIO PELO EXCESSO DE DEMANDAS

É senso comum entre todos aqueles que operam o direito que, apesar do recente e promissor incentivo das autoridades judiciárias brasileiras pela autocomposição para a resolução de conflitos, o judiciário pátrio enfrenta uma perigosa e descontrolada crise referente ao massivo número de ações que a cada dia aumentam de forma assustadora nos mais diversos órgãos de justiça no país, causando assim a superlotação de secretarias e gabinetes de magistrados por todo o país.

Segundo dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça através do relatório “Justiça em Números 2021” (Conselho Nacional de Justiça, 2021), o Poder Judiciário contou, ao final do ano de 2020, com o número de 75,4 milhões de processos em tramitação, que, embora represente um número de ações cerca de 2,58% inferior ao do ano anterior, ainda se apresenta como um número monstruoso e de infactível exaurimento.

Através da análise dos dados apresentados pelo CNJ, conclui-se que, apesar da tímida redução de processos pendentes nos últimos cinco anos (de 79,9 milhões de processos em 2016 para 75,4 milhões de processos em 2020) (Conselho Nacional de Justiça, 2021), o número

absoluto de lides em trâmite processual no Brasil é, hoje, muito superior a melhor das expectativas de capacidade de análise, processamento e julgamento dos magistrados e servidores que integram toda a estrutura judiciária do Brasil.

Tendo em vista esta guerra colossal em busca da melhor produtividade possível da máquina judiciária, o CNJ tem se atentado ano após ano a possíveis, e necessárias, opções a serem analisadas, testadas e devidamente implementadas na cadeia de processamento das lides que, de alguma forma, auxiliem tanto o servidor, quanto o magistrado, nas tarefas inerentes ao dia a dia das varas, juizados e tribunais do país.

1.2 REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NO CENÁRIO PROCESSUAL BRASILEIRO

Tendo em vista o sério problema retro evidenciado, constata-se um grande prejuízo por parte da sociedade no tocante ao pleno exercício dos direitos constitucionais do acesso à justiça, e à duração razoável do processo, ambos constantes no art. 5º da Constituição brasileira (BRASIL, 1988).

Neste sentido, as autoridades responsáveis pelas alterações administrativas e procedimentais iniciaram na última década um plano de reestruturação tecnológica do Poder Judiciário com a Resolução Nº 185/2013 do CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013), onde fora instituído e regulamentado como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais, o Sistema do Processo Judicial Eletrônico (PJe) que, naquele momento, marcou o cenário forense brasileiro como a inovação que prometia grande mudança de paradigmas e que caracterizaria a iminente virada tecnológica no plano jurídico.

Cumpre-se salientar, que a Resolução retro só foi possível graças à Lei Nº 11.419/06 (BRASIL, 2006), legislação esta responsável por, não só dispor acerca da informatização do processo judicial, mas

também legitimá-la por meio de validação expressa da tramitação, comunicações de atos e transmissão de peças processuais por meio eletrônico. Com o objetivo de uniformizar e democratizar o acesso à justiça, o CNJ ainda dispôs na recente Resolução 345/2020 acerca da implementação do “Juízo 100% Digital”, iniciativa esta que autorizou os tribunais a adotarem as medidas necessárias para que a informatização dos procedimentos judiciais alcançasse sua plenitude.

Em conformidade com a abertura judicial para novas tecnologias, tribunais por toda extensão nacional iniciaram autonomamente os estudos interdisciplinares em busca de novas ferramentas que, atuando em conjunto ao PJe, pudessem de alguma forma auxiliar na produtividade e eficiência dos atos inerentes às atividades jurisdicionais.

Apesar de ser alvo de intensos debates entre juristas pelo mundo, certo é que, apesar de se tratar de uma tecnologia ainda muito recente, os tribunais brasileiros estão cada vez mais imergindo na dita “Justiça 4.0”, uma vez que já se utilizam e se beneficiam das funcionalidades de sistemas baseados em Inteligência Artificial. No mesmo sentido, a presidência do STF e do CNJ editou as Resoluções 332/2020 do CNJ e 708/2020 do STF que legitimam e incentivam com maior ênfase a utilização das IA's no contexto judicial brasileiro, dando assim início à grande revolução tecnológica do Poder Judiciário que trará reflexos diretos nas perspectivas da sociedade e da comunidade jurídica em âmbito nacional com relação à atuação de inteligências inumanas nas fases que integram o procedimento jurídico do processo.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UM NOVO ALIADO ADMINISTRATIVO-PROCESSUAL

2.1 IMPLEMENTAÇÃO DA TECNOLOGIA DE I.A. EM MEIO FORENSE

Como analisado anteriormente, é notório o amplo interesse do Estado brasileiro na pesquisa e desenvolvimento de tecnologias que

utilizem como base a Inteligência Artificial como principal agente no controle, análise de dados, classificação temática de processos, dentre outras funcionalidades que auxiliem o operador do direito a, além de combater a morosidade processual, entregar o melhor resultado possível à sociedade no âmbito jurídico nacional.

O interesse estatal no estudo e desenvolvimento de tais tecnologias, é evidenciado pela Resolução 708/2020 do STF, que instituiu o “Inova STF”, descrito como sendo o Laboratório de Inovação do Supremo Tribunal Federal, laboratório este responsável por modernizar o processo judicial através de tecnologias digitais, dentre elas as IA’s.

De acordo com os dados levantados e relatados pelo CNJ nos últimos anos, é possível verificar três momentos nas etapas procedimentais do curso do processo que acumulam a maior saturação de demandas represadas e que, por consequência, causam os denominados “gargalos” no processamento das lides. São as etapas de maior saturação no número de processo: a etapa de conhecimento, a etapa decisória, e a etapa executória, sendo que esta última é responsável por abarcar mais da metade dos processos pendentes em tramitação, cerca de 52,3% (Conselho Nacional de Justiça, 2021).

Ainda tomando como base os números apresentados pelo CNJ, é possível verificar que o problema da superlotação do Judiciário causa, dentre outros problemas, o consequente cerceamento estrutural ao exercício do direito ao acesso à justiça pela população brasileira. A partir da flagrante necessidade de resolução dos problemas encontrados, surgiram por todo o país novos e promissores projetos, ferramentas e tecnologias fundadas em Inteligência Artificial, sendo certo que alguns destes chamaram a atenção de toda comunidade jurídica pelas suas premissas e posterior efetividade no cumprimento de suas motivações. Dentre tantos projetos, se destacam: Projeto ELIS (TJPE), Projeto Sócrates (STJ), Projeto Victor (STF) e Plataforma Sinapses (CNJ).

2.2 A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NO DESENVOLVIMENTO DE SOLUÇÕES ROBÓTICAS PARA O JUDICIÁRIO

Desde os primórdios, o homem busca a moral e a ética como instrumentos balizadores intrínsecos das condutas humanas, uma reflexão interna acerca dos princípios que movem as ações de cada indivíduo na vida em sociedade. Através da consciência ética, é possível que o ser humano reflita acerca daquilo que considera bom ou mal, certo ou errado, justo ou injusto, e de como estes entendimentos influenciarão suas ações bem como os resultados das mesmas na sociedade da qual faz parte.

Contemporaneamente, o surgimento de inteligências artificiais em todos os seguimentos da sociedade, além de surpreender positivamente por demonstrar que tal tecnologia se trata de uma realidade e não apenas de ilação retratada por ficções científicas, geram certo espanto por demonstrarem tamanha autonomia nas tarefas a elas designadas.

O receio que sonda o tema é amplo e abrange distintas preocupações, desde a preocupação com a invasão de IAs no mercado de trabalho inviabilizando a contratação de humanos que outrora eram responsáveis pelas funções agora automatizadas, até a desconfiança de como estes sistemas poderiam ser utilizados para a formação de opinião, coleta de dados e possíveis interferências na autonomia da vontade da sociedade na qual for inserida. Tendo em vista o potencial impacto das IAs na sociedade em geral, tornou-se inerente ao estudo das mesmas a necessidade do senso ético em todas as etapas de idealização, elaboração e aplicação destas tecnologias.

É evidente que, todas as preocupações levantadas por especialistas e pela própria sociedade são legítimas, sobretudo no que concerne ao uso de soluções robóticas no processo judicial, uma vez que, enquanto instrumento de garantia de direitos e resolução de conflitos, é procedimento que lida diretamente com aquilo de mais fundamental na vida em sociedade, de forma que qualquer prejuízo em seu curso, é capaz de ocasionar em resultados catastróficos no

exercício de direitos individuais e transindividuais, que impactam a vida de todos os titulares de direitos e obrigações.

Legitimando tais receios, a Comissão Europeia se destacou ao instituir um grupo independente de peritos de alto nível sobre a inteligência artificial, com o objetivo de estudar e entender o tema, afim de identificar os riscos, soluções e cuidados a serem observados para que tal tecnologia seja utilizada de forma saudável em prol dos interesses da sociedade.

Através do estudo, originalmente intitulado “*Ethics Guidelines for Trustworthy AI*” – “Diretrizes éticas para uma Inteligência Artificial confiável” (COMISSÃO EUROPEIA, 2019), é possível identificar três componentes essenciais, mas não suficientes, a serem observados em todo o ciclo de vida do sistema, para que assim seja assegurado que o mesmo seja utilizado da forma mais eficiente, sempre visando a redução dos possíveis riscos, sendo tais componentes a legalidade, a ética e a solidez.

A legalidade do sistema fundado em IA, diz respeito ao cumprimento de todas as exigências legais previstas nas legislações vigentes que versem sobre o assunto, de forma que obedeça a regulamentação aplicável no contexto do projeto ao local onde o mesmo está sendo desenvolvido e aplicado. Já no tocante à ética, as exigências são mais abstratas, vez que os princípios e valores éticos que deverão ser aplicados, demandam certa discricionariedade daqueles envolvidos direta ou indiretamente o projeto. Em contrapartida, com relação à solidez do sistema, as exigências são muito bem balizadas, pois guarda estreito liame com a qualidade técnica e social da I.A., de forma que, tecnicamente, seja garantido que o sistema não seja totalmente independente e não fuja do seu precípuo fim, sendo sempre submisso aos interesses humanos e não cause qualquer dano, esperado ou não, na sociedade em que exerça suas funções.

Além dos componentes anteriormente estudados, os peritos entenderam que uma I.A. de confiança deve se basear, além dos direitos fundamentais já evidenciados pelos exegetas do direito, em quatro princípios primordiais, como o respeito à autonomia humana,

prevenção de danos, equidade e explicabilidade, prezando sobretudo pela segurança de um sistema robusto, pela privacidade dos dados, pela transparência, e pela equidade.

Já no tocante à principiologia jurídica a ser resguardada na produção de uma inteligência artificial de confiança, são notórias as preocupações e medidas assecuratórias em relação aos princípios que fundamentam a vida humana, bem como são observados com o preponderante objetivo de salvaguardar os direitos fundamentais inerentes ao ser humano e a sua convivência em uma sociedade livre e democrática.

Apesar de analisar, realizar a triagem e classificar os dados referentes aos indivíduos que integram a sociedade, é de extrema importância que a IA não reduza os seres humanos ora analisados a meros números e informações, mas sim os respeite enquanto seres com valores intrínsecos, sempre tendo o princípio da dignidade humana como guia. Ainda no mesmo sentido, as soluções robóticas não devem interferir na liberdade do indivíduo, na democracia, na justiça e no Estado de direito, tanto direta quanto indiretamente, sempre corroborando com a livre autonomia da vontade, não vinculando a mesma a qualquer outro parâmetro definido pela IA, a qual sempre deverá pautar a sua atuação às balizas legais instituídas pelo Estado democrático de direito, bem como pelas normas internacionais dos direitos humanos e civis, que tanto estimam pela igualdade, solidariedade, não discriminação e direito dos cidadãos.

Quando aplicadas ao judiciário, as IAs, além de obedecerem ao regramento posto anteriormente, devem se atentar às regras impostas pela Administração Pública, exercendo apenas as funções plenamente autorizadas e determinadas por lei, assim em obediência ao princípio da legalidade. A responsabilidade dos idealizadores e desenvolvedores destas tecnologias, é extremamente maior e mais abrangente quando forem utilizadas no Poder Judiciário, uma vez que, além de exercer funções análogas à de auxiliares judiciários representando um poder da República, qualquer erro, técnico ou de operação, pode ser responsável por causar prejuízos aos direitos das partes que estão

em litigância, direitos estes que podem ir de uma simples reparação de danos, até uma batalha pela liberdade ou até mesmo pela vida do indivíduo titular de direitos.

Em suma, enquanto ferramenta subordinada ao homem, toda e qualquer tecnologia, sobretudo a IA, deve ser utilizada única e exclusivamente com o objetivo de facilitar, aprimorar e contribuir em prol dos interesses humanos, assim como auxiliar no melhor funcionamento da sociedade, seja nas relações interpessoais, seja nas relações jurídicas.

3. APLICAÇÃO DAS I.A.'S NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

3.1 PROJETO ELIS: UM TRUNFO NO COMBATE AOS GARGALOS DA EXECUÇÃO

O projeto de I.A. desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, ELIS, impactou positivamente, desde os primeiros testes, a perspectiva de seus projetistas acerca das potencialidades de ferramentas tecnológicas que utilizam Inteligência Artificial como essência para o processamento e realização de tarefas. O projeto, já convertido em sistema, foi criado e idealizado com o intuito de mitigar o grande número de execuções fiscais apresentados pelo TJPE através da análise e triagem inteligente das mesmas, atuando como um “servidor robô”, responsável por aprender e aplicar os procedimentos e requisitos que deveriam ser, respectivamente, realizados e analisados na conferência inicial das execuções fiscais que supersaturam o acervo do Tribunal de Justiça do estado.

Até o momento, após passar por um processo de treinamento por *machine learning* em que foi exposto à experiência que os servidores humanos possuíam nas tarefas de análise inicial das demandas, o sistema é capaz de realizar a triagem inicial dos processos a partir dos dados obtidos através das peças constantes no PJe, verificando se os processos analisados são de competência diversa da constante

na inicial, se houve prescrição da pretensão, ou ainda se os dados cadastrais são divergentes. Em etapa posterior à triagem inicial, ELIS também é capaz de incluir no sistema e sugerir minutas de decisões aos magistrados.

Mesmo que as funcionalidades de ELIS se mostrem incrivelmente avançadas e úteis ao Judiciário, seus projetistas já trabalham no aprimoramento e abrangência de suas funções. Além das funções já exercidas pelo sistema, o objetivo é fazer com que, através do processo de aprendizagem da I.A. (extração de informações do PJe, treinamento das funções aprendidas, validação dos dados e classificação das informações analisadas), a Inteligência Artificial do tribunal consiga verificar a citação das partes, bem como realizar a juntada das devoluções de avisos de recebimento e, finalmente, realizar bloqueios judiciais, tudo isso em movimentações por lote, assim como é feito na primeira etapa de triagem inicial.

Este ambicioso projeto, em seu primeiro teste, conseguiu superar as expectativas com relação à etapa de triagem inicial dos processos. Na simulação realizada, ELIS analisou mais de 5.200 processos em apenas três dias, conseguindo verificar e classificar precisamente as competências das demandas, bem como identificar erros e divergências nos dados cadastrais constantes na CDA, além dos casos de prescrição.

A partir de sua utilização, percebeu-se impressionante aumento na celeridade processual das execuções fiscais do TJPE, constatando-se que, em apenas 15 dias, o sistema foi capaz de realizar, com maior eficiência que antes, a triagem e movimentação processual de cerca de 80 mil demandas, número este que anteriormente os servidores humanos só conseguiriam atingir no lapso temporal de 18 meses.

Os resultados apresentados pelo sistema, são animadores e impulsionam a produção de novos cérebros robóticos autônomos pelo Poder Judiciário, além de, principalmente, aumentar o prestígio e credibilidade das Inteligências Artificiais não somente na comunidade jurídica, mas também na própria opinião pública exarada pela sociedade.

3.2 TRIBUNAIS SUPERIORES E A ADERÊNCIA À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Por ter ciência de todos os problemas logísticos e estruturais enfrentados pelo judiciário, os tribunais superiores brasileiros começaram a olhar com bons olhos a implementação de inteligências artificiais pelos órgãos judiciais na marcha processual, prova disso é que o Superior Tribunal de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, não apenas chancelaram o desenvolvimento e utilização de tais tecnologias no cenário jurisdicional, mas também são responsáveis pela idealização, desenvolvimento e utilização de sistemas integralmente baseados em IA, como o Sócrates no STJ e o Victor no STF. Ao contrário do cenário enfrentado pelo TJPE, os tribunais superiores sofrem com outros tipos de situações que, embora distintas, causam morosidade na análise, processamento e julgamento dos recursos de suas respectivas competências.

No Superior Tribunal de Justiça, o sistema Sócrates foi idealizado e produzido pela equipe interna do próprio tribunal para, dentre diversas outras funções, ser o responsável por monitorar e agrupar os processos de acordo com especificações pré determinadas a partir da análise e identificação de precedentes cujos temas sejam correspondentes. Assim como a IA do TJPE, o projeto Sócrates, também através do procedimento de aprendizagem baseado em *machine learning*, funciona conjuntamente com o PJe, extraíndo, analisando e comparando os dados disponibilizados pelo mesmo no teor dos processos constantes no sistema eletrônico. O projeto tem tido taxas de efetividade que impressionam, podendo inclusive realizar a comparação de cem mil processos entre si em apenas quinze minutos, identificando e agrupando-os por similaridade temática.

Já no Supremo Tribunal Federal, a partir da Emenda Constitucional Nº 45/2004 que instituiu a repercussão geral como um dos requisitos essenciais de admissibilidade do recurso extraordinário, houve um expressivo aumento no número de recursos desta natureza acumulados na Suprema Corte devido à necessidade

de análise e classificação das repercussões gerais de forma temática. Tendo em vista este cenário, o STF juntamente com a Universidade de Brasília (UnB), idealizou o sistema “Victor”, a inteligência artificial do Supremo (IPEJA, 2021). “Victor” é um verdadeiro auxiliar judiciário 100% eletrônico que, assim como os sistemas anteriormente vistos, utiliza o método de aprendizagem *machine learning*, para realizar a leitura dos dados disponibilizados pelo Supremo, aprender e criar parâmetros de comparação e agrupamento das teses de repercussão geral já analisadas pelos Ministros, de forma a identificar padrões que setorizem os temas tratados pelas teses de repercussão geral apresentadas.

Segundo dados resultantes dos testes realizados no sistema, o mesmo foi capaz de analisar, identificar e realizar a triagem em relação aos 27 temas de Repercussão Geral de maior recorrência, alcançando uma precisão de 84%. A assertividade do sistema não é o único benefício factual apresentado nos testes, sendo que, o maior trunfo é materializado através da genuína celeridade observada, de forma que tarefas antes realizadas por servidores humanos em 44 minutos, hoje são efetivamente cumpridas por Victor em apenas 5 segundos.

Desta forma, resta evidenciado que o Poder Judiciário como um todo está apto a se utilizar da inteligência artificial em suas tarefas, seja em âmbito administrativo ou judicial. Porém, outro inerente problema se torna realidade com a dissolução das supersaturações das secretarias: os prováveis gargalos nos gabinetes gerados pelo alto fluxo de entrada de demandas.

Com a grande velocidade apresentada pelas inteligências artificiais na triagem, expedições e juntadas realizadas, apesar de aumentar exponencialmente a eficiência do tribunal no que concerne às etapas que precedem a análise de mérito, enviam para a apreciação do magistrado cada vez mais processos em tempo cada vez mais reduzido, dando causa a massiva sobrecarga do mesmo no momento da análise do caso concreto que fundamenta a decisão proferida.

4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA FASE DECISÓRIA: VIABILIDADE E CAUTELA COM O ALGORITHMIC BIAS

Desde os primórdios da humanidade, novas tecnologias foram vistas com desconfiança e certa resistência pela parcela mais fundamentalista da sociedade, sobretudo nos órgãos estatais, sendo que parte desta desconfiança é plenamente justificada, devido ao temor na caminhada rumo ao desconhecido. Com a inteligência artificial, esta resistência, além de ser mais ampla, se fundamenta em incertezas muito mais severas, uma vez que as críticas e dúvidas que rondam o tema partem, muita das vezes, dos próprios especialistas no assunto, que veem tal tecnologia como possível ameaça à própria natureza humana a longo prazo. Tendo isso em vista, apesar das IAs estarem sendo ampla e efetivamente utilizadas nas fases iniciais e mais mecânicas do rito processual, a utilização destes sistemas na fase decisória, sobretudo nas decisões de mérito, no momento é vista como um passo muito além do recomendado.

Toda discussão a respeito do tema decorre de dois principais pontos: a reprodução de vícios e preconceitos por parte da IA a partir da aprendizagem por meio da análise de decisões pretéritas, e a desumanização da análise subjetiva do caso concreto. No que concerne a este último, o receio encontra respaldo na hipótese de, ao dar tamanha autonomia à uma solução robótica objetiva no momento decisório, haveria a possibilidade e o real risco de ocorrência de prejuízo material das partes na deficiência da decisão por falta de análise subjetiva e discricionária de competência do magistrado, ou ainda de sugestionamento tendencioso do software ao juiz da causa. Caso este cenário se tornasse realidade, a independência e a imparcialidade do órgão julgador, bem como o princípio do juiz natural estariam sendo mitigados na ação jurisdicional do Estado, causando imensurável insegurança jurídica que traria reflexos nos mais diversos atos do poder público em todos os seus setores.

Já no tocante à possível reprodução de preconceitos por parte das IAs, a discussão é mais intensa e filosófica, se bipartindo

em dois principais argumentos, sendo o primeiro deles o receio de, ao não contemplar uma variedade homogênea da sociedade na equipe responsável pelo desenvolvimento do sistema, haveria uma possibilidade de que o algoritmo estivesse viciado com cargas discriminatórias desde seu estado embrionário, seja de forma dolosa ou não, por parte dos ideais de seus desenvolvedores.

Outro argumento, este inerente à natureza da inteligência artificial, é com relação à forma com que a *machine learning* vem sendo realizada nos projetos de solução robótica já conhecidos pelo judiciário. O entendimento é no sentido de que, ao aprender através do estudo de padrões, decisões e fundamentações de casos concretos já julgados previamente por magistrados humanos, a I.A. reproduziria não os preconceitos de seus desenvolvedores, mas sim dos próprios seres humanos que, até então, teriam sido responsáveis pela análise e julgamento das demandas judiciais constantes no acervo dos tribunais utilizados no momento de aprendizagem do sistema.

Em contrapartida, o Juiz Federal Erik Navarro Wolkart, doutor em direito processual civil pela UERJ e PhD pela Harvard Law School em Direito e Economia, apesar de reconhecer que a preocupação com a discriminação algorítmica (*Algorithmic bias*) é plenamente legítima, faz um contraponto argumentando que, mesmo que o sistema traga carga negativa em seu método de aprendizagem ao analisar possíveis interpretações anteriores dos magistrados que padeçam de vícios discriminatórios, o desempenho do algoritmo sempre será superior ao do humano não só em celeridade como também em assertividade, uma vez que, por utilizar uma base totalmente artificial e por não estar inserido como indivíduo na sociedade, o sistema não traz em seu fundamento ruídos inerentes ao ser humano enquanto indivíduo que experiencia o convívio diário em uma sociedade arraigada por discriminações.

Neste sentido, países e universidades estrangeiras vêm estudando e desenvolvendo tecnologias de inteligência artificial que não só auxiliam o magistrado, mas também tomam o seu lugar como juiz da demanda. Exemplo disso é a Estônia, país em que o próprio Ministério

da Justiça patrocina projeto no sentido de utilizar a inteligência artificial como única mediadora em processos cuja disputa objeto da lide não ultrapasse US\$8.000,00.

Ainda sobre estudos do tema, cientistas da University College London (UCL), com o objetivo de construir modelos preditivos que, através das IAs, auxiliassem na identificação de padrões que pautam as decisões judiciais, desenvolveram um sistema que analisou diversos casos constantes no acervo da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), todos eles relacionados a graves violações dos direitos humanos, e decidiu em 79% das demandas da mesma forma que os julgadores humanos (University College London, 2016).

Desta forma, fica evidenciado que todas as discussões acerca do tema são válidas e necessárias para a evolução tecnológica saudável dos tribunais, de modo que a histeria pelas novas tecnologias de inteligência artificial não prejudique a sociedade que busca no judiciário socorro na defesa de seus direitos. Lado outro, não é admissível que o medo excessivo impeça a modernização do cenário jurídico em âmbito mundial, sendo certo que a tecnologia atrelada à prudência e a razoabilidade, é a chave para a saudável, gradual e essencial implementação de novas ferramentas nos órgãos e procedimentos jurisdicionais.

Além destas considerações, torna-se evidente que o Brasil, enquanto um dos países com maior número de processos judiciais no mundo, é um dos Estados mais interessados na produção de novas tecnologias que visem auxiliar o processamento das demandas judicializadas, como também no aprimoramento da efetividade e assertividade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. No mesmo sentido, o cenário judicial atual no país, tendo em vista o apoio da presidência do CNJ e tribunais superiores às tecnologias de IA, corrobora para que tais estudos avancem e ganhem cada vez mais espaço nas varas, juzgados, e tribunais brasileiros, não se aderindo apenas às fases iniciais do processo, mas também às funções decisórias que integram as diversas tarefas diárias dos gabinetes em todo o país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, observa-se que a tecnologia de inteligência artificial se mostra cada vez mais útil, dinâmica e autônoma, auxiliando a humanidade em diversas áreas do conhecimento, inclusive a jurídica. Como demonstrado pelos dados apresentados pelo CNJ, o judiciário brasileiro se encontra em situação crítica quanto ao insanável número de demandas judicializadas, o que, juntamente com os incentivos das autoridades judiciárias brasileiras, abre espaço para a novos estudos e plena implementação de novas IA's de confiança que auxiliem os órgãos julgadores, além de permitir que as tecnologias já existentes sejam cada vez mais aprimoradas, com o desenvolvimento de funções inéditas

A partir dos estudos já existentes, verifica-se que os sistemas baseados em IA no judiciário brasileiro apresentam números de eficiência e assertividade muito superiores a qualquer capacidade humana, resolvendo imbróglis administrativos, de triagem e de movimentação processual em tempo muito inferior em relação a atividade de servidores humanos, trazendo assim esperança por novos sistemas em outros setores judiciários. Além disso, evidencia-se que, havendo controle, regulamentação e fiscalização, o risco apresentado pelas IA's é muito menor do que o benefícios advindos do uso de tais softwares, uma vez que, observados os princípios éticos de desenvolvimento, a inteligência artificial ainda pode ser objeto de estudos futuros em busca de sua efetiva e plena implementação como auxiliar judiciário direto do magistrado, ajudando-o até mesmo na fase decisória do processo judicial.

Por último, pode-se observar que as implicações da implementação de tecnologias artificiais no processo, são, até então, muito positivas em todos os aspectos, sendo efetivamente utilizadas no combate à supersaturação do judiciário brasileiro, bem como facilitando e agilizando o acesso do cidadão à justiça. Lado outro, tal tecnologia se mostra extremamente poderosa, de forma que seus futuros estudos e projetos devam ser observados e fiscalizados de perto,

para que, através do aprimoramento das IAs, seus objetivos principais não sejam deturpados, mas sim enfatizados, fundamentando durante todo o processo a necessidade de ética, legalidade e robustez dos sistemas que a utilizarem enquanto alicerce de atuação.

REFERÊNCIAS

[JUIZ FEDERAL] ERIK NAVARRO - Flow Podcast #415. Bruno Aiub e Igor Rodrigues Coelho. Entrevistado: Erik Navarro Wolkart. São Paulo. Flow Produções. 05 de março de 2021. Podcast. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=-mieXkD6t1k>>. Acesso em: 06 de novembro de 2021.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro; LIMA, Isabela Braga de; GALVÃO, Alex Renan de Sousa. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA O RASTREAMENTO DE AÇÕES COM REPERCUSSÃO GERAL: O PROJETO VICTOR E A REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, 30 nov. 2021. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, p. 1-24.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [S. l.], 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. [S. l.], 2004.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021:** ano-base 2020. Brasília: CNJ, 2021. Anual.

Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013.** Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. [S. l.], 2013.

Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020**. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. [S. l.], 2020.

Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 345, de 9 de outubro de 2020**. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. [S. l.], 2020.

ENCONTRO NACIONAL DE TECNOLOGIA E INOVAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2019, Auditório do Conselho da Justiça Federal. Projeto ELIS. **ENASTIC.JF 2019**. [S. l.: s. n.], 2019.

Estatísticas do STF. **Portal Online do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/estatistica/>>. Acesso em: 06 de novembro de 2021.

IPEJA. **Parceria do STF com a Unb, projeto de inteligência artificial entra na última fase**. Instituto de Pesquisa e Estudos Jurídicos Avançados, Rio de Janeiro, ano 2021, p. 1, 27 ago. 2021. Disponível em: <http://ipeja.com.br/parceria-do-stf-com-a-unb-projeto-de-inteligencia-artificial-entra-na-ultima-fase/>. Acesso em: 12 nov. 2021.

MAIA FILHO, M. S.; JUNQUILHO, T. A. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, n. 3, p. 218-237, 29 dez. 2018.

PREDICTING judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective. **PeerJ Computer Science**, [S. l.], p. 1, 24 out. 2016. DOI 10.7717/peerj-cs.93. Disponível em: <https://peerj.com/articles/cs-93/>. Acesso em: 6 nov. 2021.

PROJETO VICTOR: COMO O USO DO APRENDIZADO DE MÁQUINA PODE AUXILIAR A MAIS ALTA CORTE BRASILEIRA A AUMENTAR A EFICIÊNCIA E A VELOCIDADE DE AVALIAÇÃO JUDICIAL DOS PROCESSOS JULGADOS. [S. l.: s. n.], 2019. Disponível em: <https://cic.unb>.

br/~teodecampos/ViP/inazawa_etal_compBrasil2019.pdf. Acesso em: 6 nov. 2021.

SALOMÃO, Luis Felipe. Inteligência Artificial: Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro. **FGV Conhecimento - Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário**, [S. l.], p. 1-75, 12 mar. 2021. Ebook.

SILVA, Rafael Rodrigues Da. Estônia está desenvolvendo o primeiro “juiz robô” do mundo. **Canaltech**, [S. l.], p. 1, 4 abr. 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/estonia-esta-desenvolvendo-o-primeiro-juiz-robo-do-mundo-136099/>. Acesso em: 6 nov. 2021.

Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 708, de 23 de outubro de 2020**. Institui o Laboratório de Inovação do Supremo Tribunal Federal - Inova STF. [S. l.], 2020.

UNIÃO EUROPEIA (Europa). GPAN IA. ORIENTAÇÕES ÉTICAS PARA UMA IA DE CONFIANÇA. **GRUPO INDEPENDENTE DE PERITOS DE ALTO NÍVEL SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**, [S. l.], p. 1-55, 4 jun. 2019.

UNIVERSITY COLLEGE LONDON (London). UCL News. AI predicts outcomes of human rights trials. UCL News, London, p. 1, 24 out. 2016. Disponível em: <https://www.ucl.ac.uk/news/2016/oct/ai-predicts-outcomes-human-rights-trials>. Acesso em: 12 de nov de 2021.

A ARTE IMITANDO A VIDA: SÉRIE “YOU” DA NETFLIX E A CRIMINALIZAÇÃO DO STALKING

Vanessa Santos Rocha

Marcos Vinicius da Silva Paladini

INTRODUÇÃO

No cenário atual, onde o virtual e o real se confundem, faz-se cada vez mais presente em nossas vidas a tecnologia e a troca de informações em meio às redes sociais e aplicativos de comunicação. Com isso, surgem novas vulnerabilidades na sociedade, inclusive o risco de perseguição e assédio cibernéticos, onde o(s) criminoso(s) se aproveita(m) dos dados e informações públicas provocando a importunação, hostilização, intimidação e muitas vezes ofendendo a vítima, além de perturbar o sossego do usuário da conta, de diversas formas, principalmente através de exageradas tentativas de comunicação. O mais importante é identificar o limite, assim, saberemos em que momento se tornou crime de perseguição, em todos os casos o uso repetido e intencional de várias formas de tecnologia, como telefones celulares, LinkedIn, Twitter, e-mail, mensagens instantâneas e sites da Web por indivíduos ou grupos para prejudicar outros¹ definem o assédio cibernético.

De acordo com o que preleciona Luciana Gerbovic:

“Stalker é o perseguidor, aquele que escolhe uma vítima, pelas mais diversas razões, e a molesta insistentemente, por meio de atos persecutórios – diretos ou indiretos, presenciais ou virtuais – sempre contra a vontade da vítima. Em outras palavras, stalker é quem promove uma ‘caçada’ física ou psicológica contra alguém”¹⁰.

Ressaltando que a internet proporciona a sensação de proximidade, aparenta que conhecemos as pessoas e temos intimidade. Além disso, mesmo que ocorra no mundo virtual, os efeitos são sentidos no mundo real, sendo devastadores.

1 CONSEQUÊNCIAS

Uma série produzida pela Netflix “You” apresenta o tema Stalking de uma forma bem intrigante, exibindo o ponto de vista de um sociopata, nela Joe Goldberg consegue desvendar a vida de todos os seus fascínios através da internet e redes sociais, passando rapidamente da paixão para obsessão, ou obsessão por ódio na maioria das vezes mortal, eliminando de forma silenciosa e estratégica seus “obstáculos”; cometendo diversos atos criminosos a partir disto.

Atualmente, é inegável que a tecnologia facilita em todos os aspectos a vida cotidiana, porém a exagerada exposição virtual facilita a ação dos criminosos. As vítimas de crimes cibernéticos vivenciam consequências extremamente prejudiciais a saúde mental e física, dentre elas:

Consequências na saúde física: Distúrbios digestivos ⁷, alteração de apetite ⁷, Náuseas ⁷, Dores de cabeça ⁷, insônia ⁷, pesadelos ⁷, fraqueza ⁷, cansaço ⁷, exaustão ⁷, alteração na aparência física ⁷, palpitações cardíacas ², baixa auto-estima ², comportamentos prejudiciais ^{2,8},
Consequências na saúde mental e no bem-estar emocional:
Ansiedade ^{2,7,8}, depressão ^{2,8}, raiva ², medo ^{2,7,8}, vergonha ², tristeza ², desconfiança ^{2,8}, isolamento ², paranoia ², transtornos de estresse pós-traumáticos ^{2,8}, ataques de pânico ², distúrbios digestivos ², pesadelos ², cansaço ², hipervigilância ⁷, desconfiança ⁷, abandono ⁷, consumo de drogas ⁷.

Destarte, vislumbramos um cenário em que é incontestável que além da proteção legal, se faz necessário a ajuda profissional por se tratar de uma espécie de terrorismo psicológico, a Psicóloga clínica Fernanda Berni afirma que devemos saber onde procurar amparo:

A psicoterapia pode ajudar a pessoa a lidar melhor com tudo isso, preservando-se da própria situação e de possíveis danos emocionais – momentâneos ou futuros. Por outro lado, considero importante ‘não’ buscar ajuda em fontes controversas.

As redes sociais e a internet estão cheias de pseudo profissionais da saúde mental dando conselhos, prometendo resultados rápidos, garantidos íssimos, para todo tipo de problema. Dificilmente eles dão certo e há um grande risco de se perder tempo (no mínimo, tempo) acreditando em bobagens. Suas argumentações contraditórias confundem, em vez de ajudar. Infelizmente, quando a pessoa está vulnerável, sensibilizada, ela nem percebe[...].”⁷

Assim, busca-se alguém que te ajude a lidar com a perseguição e o turbilhão de sentimentos que vão surgindo.

Estudos feitos entre adultos até 61 anos e adolescentes a partir de 15 anos afirmam que a correlação entre o *cyberstalking*, o uso de substâncias e a saúde mental ruim são demasiadamente mais fortes em adolescentes, ao contrário, os participantes mais velhos sentiam mais angústia ³. Deste modo, correm grande risco, ameaçando a integridade física e psicológica, interferindo na rotina, liberdade e privacidade, podendo causar inúmeros malefícios, como supracitado.

3 STALKEAR É CRIME

Com o grande fluxo de punições ao que tange aos direitos que foram privados pela perseguição ocorrida de forma virtual, houve a utilização do direito comparado como fonte de inspiração, conseguindo

alcançar a emolduração penal específica da conduta criminosa, a fim de punir e expandir o Direito Penal, assim, com o propósito de sanar a lacuna legislativa ⁹, no dia 1º de março de 2021 foi sancionada uma lei que criminaliza stalker, acrescentando o artigo 147-A ao Código Penal (DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940) onde discorre:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)
Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021).⁴

Há de se observar na legislação seca que o objeto jurídico é a liberdade individual e o bem-estar da pessoa. O elemento nuclear, sendo ele a ação criminosa, ou seja, a perseguição (perseguir), acompanhado do verbo indicador da ação criminosa “reiteradamente“, isto é, implica na repetição, continuidade da conduta, deste modo a prática isolada é insuficiente para a configuração deste crime. Tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo podem ser qualquer pessoa, pois se trata de um crime comum. ⁹

Neste delito temos como elemento subjetivo o dolo, não exigindo dolo específico e não havendo forma culposa. Assim, exige-se que a perseguição reiterada gere, como descrito no tipo penal “ameaça a integridade física ou psicológica”, a “restrição a capacidade de locomoção” ou a “invasão ou perturbação da sua esfera de liberdade ou privacidade”, mesmo que o agente não tenha a intenção de gerar esses resultados, ainda há a verificação, não bastando a reiteração, nesse caso, a vítima precisa ter experimentado alguma dessas situações. ⁹

Com isso, foi revogado o artigo 65 da Lei de Contravenções Penais (DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941), onde é descrito o crime de perturbação da tranquilidade alheia trazendo penas mais

brandas “prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis”. Recentemente, o crime passa a ser enquadrado no crime de perseguição.⁵

É de suma importância entender que é um crime de forma livre (pode ser praticado por qualquer meio), estando configurada a perseguição de forma real quando a atuação for presencial, caso contrário será configurado perseguição remota (ação realizada à distância), podendo ser *off-line* (cartas, bilhetes, entrega de encomendas) ou *online* (redes sociais, ligações, e-mails), também conhecido por *cyberstalking*.⁹

A Lei oriunda da PL 1.369/2019, tem como autora a senadora Leila Barros (PSB-DF), que evidencia que com os avanços tecnológicos e o uso exacerbado das redes sociais houve a aparição de novas formas de crimes, sendo assim, deve-se haver o aperfeiçoamento do Código Penal, garantindo mais seguranças as vítimas.⁵

A evolução da contravenção penal para crime se deu a fim de evitar o desenvolvimento da perseguição, que frequentemente começa no meio virtual e se transforma em algo pior, em crimes mais bárbaros, não sendo admitida a tentativa, visto que a prática do agente deve ser reiterada. Deste modo, como na série anteriormente citada, o protagonista começa com um fascínio, que se torna obsessão, e por fim termina em crimes desumados com assassinato e tortura.

Ademais, a situação se agrava quando se trata de adolescentes, crianças, mulheres, idosos ou quando a motivação é o gênero ou opção sexual; para impedir a intensificação dos atos praticados no grupo aludido o § 1º, do art. 147-A, prevê em seu incisos o aumento de pena:

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

I – contra criança, adolescente ou idoso; (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código; (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com emprego de arma. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021)

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação (BRASIL, 1940).

De acordo com a Divisão de Crimes Cibernéticos da Polícia Civil de São Paulo “O que caracteriza o crime é quando há uma ameaça à integridade física ou psicológica da pessoa, restringindo uma capacidade de se locomover ou perturbando a liberdade ou a privacidade do alvo” ⁹, explicou Nayara Caetano Borlina Duque, delegada da CDCIBER. Desse modo, há de ser considerada a duração, intensidade e complexidade das relações das vítimas primárias e secundárias (caso tenha), além da motivação que levou o autor a cometer o comportamento de perseguição. Destarte, os stalker podem ser movidos pela rejeição (ex-intimo), ressentimento, busca de intimidade, pela sua incompetência como pretendente e podendo ser também um predador. ⁶ Apesar de, na maioria das vezes, não haver violência física é inegável os danos psicológicos, que podem durar anos mesmo após o término da conduta delituosa.

Se o *cyberstalking* evoluir culminando em lesões corporais, o agente responderá em concurso formal impróprio, existindo, desse modo, dois crimes dolosos, aplicando o concurso de crimes: “As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência” (BRASIL, 1940).

Desse modo, também há de se observar que haverá uma ação penal pública condicionada, ainda que ajuizada pelo Ministério Público, tem-se a necessidade da vítima querer que o autor seja denunciado, nesse crime a contratação de um advogado é facultativa. Vejamos: “Somente se procede mediante representação (BRASIL, 1940).

A competência será do Juizado Especial Criminal sendo passível todas as aplicações que lhes são inerentes.

4 AMOR E OBSESSÃO

Associando a série ao crime, na maioria dos casos a vítima demora perceber o que realmente está acontecendo. Na série Joe (Penn Badgley) é extremamente racional, onde tudo que ele faz tem uma razão aparentemente justa, levando a um relacionamento abusivo ou a “eliminação” da raiz do problema sem o menor remorso.

As perseguições não ocorrem apenas aos afeiçoados, mas também aos que ele considera ser uma interferência aos seus planos, aos que prejudicam de alguma forma as pessoas que se afeiçoa e aos que ele considera não ter a necessidade de existir (como o abusador da mulheres e crianças Ron (Daniel Cosgrove)), evidenciando que pode acontecer com qualquer pessoa.

Devemos observar que antes de qualquer ato ou contato profundo feito com as vítimas, a personagem estuda suas rotinas, vidas e interesses através de redes sociais, frequentando os mesmos lugares, a fim de observando seus hábitos de perto, além de algumas invasões acometidas objetivando conhecer melhor a vítima antes de agir, na maioria dos casos não havia a intenção de gerar danos psicológicos e principalmente físicos (como ocorre na maioria dos casos).

5 DECISÕES

Como forma de reiterar o supracitado, observa-se a relevância de haver a constância e habitualidade, sem elas não haverá a configuração do delito. Embasado no fato de não haver gravidade suficiente para restringir a privacidade ou liberdade individual da vítima, além de faltar o requisito acima, nesse sentido a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE (ART. 65 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIIS). PRELIMINAR DE OFÍCIO. REVOGAÇÃO DO ART. 65 DA LCP PELA LEI N.º 14.132/2021. NÃO APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE TÍPICO-NORMATIVA DO ART. 65 DA LCP. CONDUTA PREVISTA NO ART. 147-A DO CP NÃO CARACTERIZADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Preliminar de ofício - registra-se que, no dia 1º de abril de 2021, foi publicada e entrou em vigor a Lei n.º 14.132/2021, que inseriu no Código Penal o art. 147-A, que tipifica o crime de perseguição (stalking), assim como revogou expressamente o art. 65 da Lei de Contravenções Penais, que previa a infração penal de perturbação da tranquilidade (art. 65 da LCP). 2. A despeito da revogação do art. 65 do Decreto-Lei n.º 3.688/1941, não houve a automática abolição criminis para todas as condutas que estavam contidas na referida contravenção penal. 3. A contravenção penal de perturbação da tranquilidade tinha como bem jurídico tutelado a tranquilidade individual, de modo que o novo crime de perseguição visa proteger a liberdade individual da pessoa, tanto que foi adicionado na Seção I, do Capítulo VI do Código Penal, que trata dos crimes contra a liberdade pessoal. 4. Portanto, da leitura dos dois artigos levase à conclusão de que as duas normas divergem na medida que a conduta prevista no art. 65 da LCP não está inserida de forma automática no crime do art. 147-A do CP, uma vez que no caso sob exame faltou a incidência de alguns dos núcleos incriminadores do novo crime de perseguição. 5. Recurso CONHECIDO e PROVIDO para julgar extinta a punibilidade do réu.

Outrossim, podemos observar a ação do Ministério Público a fim de proteger os interesses sociais e a fiel observância da Constituição vigente, interposta denúncia contra o apelado por fatos

onde perseguia-se a vítima a fim se insistir na aproximação, causando insegurança, molestando e perturbando sua tranquilidade, ocorridos em 2020. Assim, assiste razão ao *Parquet* como na jurisprudência descrita:

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PERTURBAÇÃO À TRANQUILIDADE. CRIME DE PERSEGUIÇÃO. STALKING. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 14.132/2021. REVOGAÇÃO EXPRESSA DO ART. 65 DA LCP. ART. 147-A DO CP. CONTINUIDADE TÍPICO-NORMATIVA. ALTERAÇÃO DA AÇÃO PENAL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. INSTRUÇÃO PROCESSUAL. NECESSIDADE. APELO MINISTERIAL CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA CASSADA. 1. No dia 1º de abril de 2021, foi publicada e entrou em vigor a Lei nº 14.132/2021, a qual inseriu no Código Penal o art. 147-A, que tipifica o crime de perseguição (stalking), assim como revogou expressamente o art. 65 da Lei de Contravenções Penais, que previa a infração penal de perturbação da tranquilidade. 2. A despeito da revogação do art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, não houve a automática abolição criminis para todas as condutas que estavam contidas na referida contravenção penal. 3. A possibilidade de continuidade típico-normativa do art. 65 da Lei de Contravenções Penais e do art. 147-A do Código Penal deve ser analisada segundo o caso concreto, tendo em vista que, embora os bens jurídicos protegidos pelos referidos artigos sejam coincidentes (liberdade ou privacidade), a conduta descrita no art. 147-A do CP exige uma prática reiterada, não comportando casos isolados. 4. Conquanto o § 3º, do novo art. 147-A, do CP exija a representação para a ação penal pelo delito de perseguição, se a denúncia foi oferecida antes da entrada em vigor da Lei nº 14.132/2021, no dia 1º/4/2021, e em conformidade com as diretrizes daquele momento processual, não se deve exigir a

referida condição de prossequibilidade. Destarte, deve-se resguardar a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito quando já oferecida a denúncia, em conformidade com o entendimento firmado pelo STJ em relação ao crime de estelionato (§ 5º, do art. 171, do CP), que, após a publicação da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), alterou a ação penal do referido delito, como regra, para pública condicionada à representação (HC 610.201/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2021, DJe 08/04/2021). 5. No caso, o fato de o apelado comparecer em locais em que sua filha também se encontrava não desconfigura, sumariamente, o dolo de perseguir e perturbar a tranquilidade de sua ex-companheira, de maneira reiterada, por acinte ou por motivo reprovável. Somente com a instrução processual que se perquirirá a presença do dolo na prática de atos de perseguição reiterados que causaram perturbação à tranquilidade da vítima (no caso, perturbação de sua esfera de liberdade ou privacidade). 6. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA CASSAR A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA E DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz dos fatos mencionados, torna-se imprescindível verificar quando é excedido o limite entre olhar o perfil, ou acompanhar a vida do próximo pela internet e redes sociais, e agir de modo obsessivo, afetando os direitos e deveres da vítima. Algumas redes sociais e aplicativos, a fim de proteger seus usuários permitem que eles escolham quem terá acesso ao seu perfil, podendo também selecionar quem poderá visualizar o conteúdo postado, com isso, são disponibilizados meios para se proteger de futuras ameaças.

No que tange a série referenciada, observando os meios que o protagonista utiliza para stalkear as vítimas podemos utilizá-la como referência para nos proteger, aprendendo com seus erros. Deste modo, utilizando as ferramentas de proteção dos aplicativos, policiarse das pessoas inseridas em sua vida, certificar que suas publicações são sadias e que não expõem sua rotina, sua morada ou a dos seus amigos e familiares, ter o cuidado de não expor seu número privado, você também pode deixar os campos opcionais em branco, exibindo o mínimo de informações possíveis, aceite apenas as solicitações de pessoas que você conheceu pessoalmente, pode desativar a localização ou não publicar o local onde está, são atitudes simples que podem proteger você e seus familiares.

Por tanto, se houver a violação, se sentir-se perseguido, deve-se denunciar de forma imediata, cooperando para a identificação do perseguidor, a vítima deverá fazer um boletim de ocorrência, cabendo a Polícia Civil investigar, para que se resolva da melhor forma possível, objetivando alcançar a segurança da vítima.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de .07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm
Acesso em: 08/02/2022.

GARCEZ, William. Lei 14.132/21: A tipificação do crime de perseguição (stalking). Publicado em: 28 de abril de 2021. Disponível em: [https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/28/lei-14-13221-tipificacao-crime-de-perseguiçao-stalking/#:~:text=a%20seguinte%20reda%C3%A7%C3%A3o%3A-,Art.,dois\)%20anos%2C%20e%20multa.](https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/28/lei-14-13221-tipificacao-crime-de-perseguiçao-stalking/#:~:text=a%20seguinte%20reda%C3%A7%C3%A3o%3A-,Art.,dois)%20anos%2C%20e%20multa.) Acesso em: 03/03/2022.

GERBOVIC, Luciana. *Stalking*. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2016.

JR, Alessandro Feitosa. ‘Mudei de endereço para ter paz’: os relatos de vítimas de ‘stalking’, que agora pode dar 3 anos de prisão. Publicado em: 16/07/2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/07/16/mudei-de-endereco-para-ter-paz-os-relatos-de-vitimas-de-stalking-que-agora-pode-dar-3-anos-de-prisao.ghtml>. Acesso em: 10/02/2022.

Kim S, Boyle MH, Georgiades K. Vitimização do cyberbullying e sua associação com a saúde ao longo da vida: um estudo populacional canadense . Revista Canadense de Saúde Pública 2017 ; 108:468–474. Referência cruzada, Google Acadêmico.

Lei que criminaliza stalking é sancionada. Agência Senado. Publicado em: 05/04/2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/05/lei-que-criminaliza-stalking-e-sancionada> Acesso em: 07/02/2022.

McEwan, TE, Daffern, M., MacKenzie, RD, & Ogloff, JRP (2017). Fatores de risco para violência de stalking, persistência e recorrência. *Jornal de Psiquiatria Forense e Psicologia*, 28 (1), 38–56. <https://doi.org/10.1080/14789949.2016.1247188>.

MONTEIRO, Lilian. Stalking: tome as rédeas e evite ser perseguido e controlado. Publicado em: 29/08/2021. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2021/08/29/interna_bem_viver,1299513/stalking-tome-as-redeas-e-evite-ser-perseguido-e-controlado.shtml#:~:text=Em%20consequ%C3%Aancia%20de%20ferimentos%20causados,arma%20branca%20e%20de%20fogo. Acesso em: 10/02/2022.

Patchin JW, Hinduja S. Bullies vão além do pátio da escola: um olhar preliminar sobre cyberbullying . *Violência Juvenil e Justiça Juvenil* 2006 ; 4:148-169. Referência cruzada, Google Acadêmico.

STEVENS, Francesca; ENFERMEIRA, Jason RC; ARIEF Budi. **Perseguição cibernética, assédio cibernético e saúde mental adulta: uma revisão sistemática.** Publicado em: 14 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.liebertpub.com/doi/full/10.1089/cyber.2020.0253> Acesso em: 07/02/2022.

A INSERÇÃO DO MARKETING JURÍDICO E A APLICABILIDADE DAS REGRAS DE PUBLICIDADE NAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Gelici Freitas Moreira

INTRODUÇÃO

Nas duas últimas décadas, vislumbramos diversas inovações tecnológicas, que rapidamente se mostram adotadas e inseridas na rotina do ser humano. Partindo deste ponto, os demais setores que tinham seu cerne manual e offline, se viram de frente a necessidade de se revolucionarem, expandindo e investindo em formas de se inserir no meio tecnológico e virtual em busca de crescimento, reconhecimento e retorno financeiro, além de visar a importância da respectiva área. O setor jurídico foi um dos principais setores que colidiram com a realidade da adaptação, onde a divulgação da profissão que é detalhadamente regrada e limitada pela OAB, passou a interagir com o que foi nomeado de marketing jurídico, sendo este desmembrado ao longo deste texto, desde a permissão formalizada de sua utilização até os benefícios que vem trazendo a áreas do direito como a advocacia.

1. INSERÇÃO DO MARKETING JURÍDICO

Juntamente com o Código de Ética e Disciplina da OAB existia o provimento 94/2000 regendo assuntos atinentes a publicidade jurídica, porém, em agosto do ano de 2021 entrou em vigor o provimento 205/2021 que evoluiu oficialmente a publicidade para o marketing jurídico, ao se atentar as mudanças advindas da total inserção da internet e de redes sociais no dia a dia.

De início se faz necessário conceituar a essência do marketing jurídico, que resumidamente consiste na aplicabilidade do marketing digital em consonância e benefício dos profissionais da área jurídica,

através de estratégias planejadas que não violem as limitações impostas mediante o Estatuto da Advocacia, Regulamento Geral e Código de Ética e Disciplina, assim, quaisquer ações de marketing voltadas para promoção de um escritório, divulgação de eventos e publicidade de conteúdos jurídicos, é considerado marketing jurídico, pelo qual possui também um comitê responsável por exercer a regularização de tal prática por meio de caráter consultivo e vinculação ao Conselho Federal.

1.1 MUDANÇAS SIGNIFICATIVAS FORMALIZADAS PELO PROVIMENTO 205/2021

Como antes dito, o provimento 94/2000 até então abordava qualquer fato atinente a divulgação através do termo “publicidade”, por outro lado, o Conselho Federal através do provimento 205/2021 entendeu sobre a extensão do alcance de público, bem como, as inovações tecnológicas e o surgimento de inúmeras ferramentas, plataformas e redes sociais que tinham potencial para fomentar o âmbito jurídico não limitando-se apenas ao exercício da advocacia, e levando em consideração toda essa rede de divulgação, definiu como mais pertinente a utilização do termo “marketing jurídico”.

Apesar do marketing jurídico ser um dos primeiros passos para a inovação jurídica, não se engane ao pensar que não foi detalhadamente regulado e regrado pelo provimento 205/2021, uma vez que tal provimento é demasiadamente resoluto, possuindo mais vedações do que permissões, haja vista o entendimento de que as ferramentas e plataformas de comunicação tem muito o que agregar, mas também possibilita meios de deslealdade na divulgação.

Outro ponto que merece destaque, consiste na possibilidade de o profissional produzir conteúdo próprio, não se limitando apenas a conteúdos estritamente técnicos, de modo que possibilite uma melhor interpretação das informações que ali estão sendo transmitidas. E

ainda há de se falar na possibilidade de fazer uso de anúncios pagos com caráter exclusivamente informativo.

O anúncio pago é um ótimo gancho para se tratar brevemente sobre a publicidade ativa e a publicidade passiva que se encontra precisamente no art. 5º do provimento 205/2021, onde a modalidade de anúncio pago se enquadra no rol da publicidade ativa, que com o intuito de atingir um maior público, chega até pessoas que não buscam tais informações anunciadas, ou seja, não há uma filtragem. Por outro lado, a publicidade passiva tem um efeito contrário, ao ponto que consiste unicamente ao público que busca por tal informação ou que de algum modo permitiram que a informação chegasse até eles. Entretanto, apesar destas claras diferenciações, ambas modalidades tem o intuito de atingir ao público, apesar da primeira ter um alcance significativamente maior.

2. CONCEITOS E CRITÉRIOS ESPECÍFICOS SOBRE A PUBLICIDADE E MARKETING JURÍDICO

Apartir do provimento 205/2021 surgiram algumas conceituações, sendo elas o marketing jurídico como visto no item 1, o marketing de conteúdos jurídicos que consistem em estratégias que fazem uso da criação e divulgação de conteúdos jurídicos. Entrelaçados com a publicidade e a publicidade profissional, onde a primeira consiste na transparência de informações quanto a serviços e produtos, e a última se baseia na transparência de informações inerentes ao profissional inscrito na OAB. Entretanto, existe ainda a publicidade de conteúdo ao levar até o público conteúdos jurídicos e a publicidade ativa e passiva como visto no item 1.1.

Por fim, traz um anexo contendo critérios específicos sobre a publicidade e disseminação de informações sobre a advocacia, abordando principalmente ferramentas e plataformas que ganharam destaque durante a pandemia da COVID-19 que assolou a população em uma escala a nível global. Dentre os meios que ganharam destaque durante esse período, o provimento estabeleceu para alguns as

chamadas vedações e para outros as permissões, com o intuito de exercer um certo controle, e dentre as informações presentes, tem-se:

2.1. APLICATIVOS DE CONSULTAS JURÍDICAS

O provimento é sucinto neste tópico, onde veda ao profissional do direito utilizar-se de aplicativos que respondem de forma automática e indiscriminada a consultas jurídicas, onde a presente vedação tem o fim de minimizar a possibilidade de mercantilização dos serviços jurídicos ou supressão da responsabilidade do profissional. Por outro lado, a divulgação através de grupos no aplicativo WhatsApp é permitida caso o conteúdo da divulgação respeite as normas do Código de Ética e Disciplina e do provimento 205/2021, e também seja realizada em grupo determinado, vindo a ser um breve exemplo de publicidade passiva, no que se refere ao fato de o termo “determinado” se referir a livre escolha de ingressar e permanecer no referido grupo.

2.2. CHATBOT

Tem-se ainda o chatbot, que seu uso consiste em transmitir as principais informações sobre o escritório, informações de contato, informações institucionais, suas áreas de atuação, profissionais ali presentes, bem como, destina-se a coleta de dados para que seja realizado o direcionamento e atendimento pelo profissional adequado. Assim, através de respostas humanizadas o software responsável pelo atendimento consegue utilizar uma linguagem mais aproximada que entregue qualidade e solução.

Entretanto, o provimento é claro ao permitir tal uso desde que não suprima a pessoalidade, imagem, poder decisório e responsabilidade do profissional.

2.3. FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS

O Conselho Federal ao determinar este tópico, decidiu pela utilização de tais ferramentas desde que possuem a finalidade de auxiliar o profissional da advocacia, de modo que dinamize suas atividades e ao mesmo tempo não suprima a imagem ou poder decisório do profissional. Há ainda um fato interessante por trás de tal tópico passando uma ideia generalizada com o fim de ampliar seu alcance, uma vez que o conselho não listou ferramentas, haja vista o constante surgimento de novas tecnologias.

2.4. GOOGLE ADS

Tornou-se possível a utilização da plataforma Google Ads, ao permitir o uso de ferramentas, assim, sanou entendimentos divergentes presentes em Tribunais de Ética e Disciplina da OAB (TEDs) de cada estado. Deste modo, após o provimento 205/2021 não há mais a necessidade por parte de profissionais da advocacia de se inteirar quanto ao entendimento do TED de sua respectiva seccional antes de fazer o uso da plataforma, caso fosse permitido.

2.5. LIVES NAS REDES SOCIAIS E YOUTUBE

O provimento oficialmente permite a realização de lives em redes sociais e no Youtube, condicionando sua realização única e exclusivamente a conteúdos que respeite o Código de Ética e Disciplina, ou seja, é essencial que tenha caráter informativo. Este foi um dos meios que ganhou mais engajamento e destaque no decorrer da pandemia da Covid-19, uma vez que, em razão da impossibilidade de aglomeração, foi proibido a realização presencial de reuniões, congressos e fóruns, assim, sua realização passou a ser exercida através de lives, o que teve

um impacto positivo no que tange a ampliação da extensão e alcance de público.

2.6. USO DE REDES SOCIAIS E O PATROCÍNIO E IMPULSIONAMENTO

O uso das redes sociais é permitido na mesma proporção dos tópicos anteriores, como também a realização de impulsionamento nestas redes é permitida pelo provimento, entretanto, o mesmo veda sua realização em caso de oferta de serviços jurídicos.

Um ótimo exemplo e o mais recorrente até então é a rede social Instagram e o LinkedIn, onde os profissionais utilizam da possibilidade de extensão e alcance de público juntamente com a facilidade no manuseio para realizar o impulsionamento.

3. OS FRUTOS DA INOVAÇÃO

O marketing jurídico surgiu de uma necessidade de se adaptar ao novo, de fluir juntamente com as inovações presentes no cotidiano, seja realizando mudanças, investimentos ou adquirindo novos conhecimentos com o objetivo de evitar dificuldades para se familiarizar com as novidades do mercado. É válido o destaque quanto ao aspecto de adaptação que vem sendo de grande importância para os profissionais da advocacia, como também pode acabar sendo uma preocupação quanto a base de conhecimento adquirida durante a graduação.

A partir do destaque que o marketing jurídico passou a apresentar dentro da profissão da advocacia, a característica mais relevante desta prática se concentra na prospecção de clientes através dos meios digitais, e este fato está ligado diretamente ao desempenho e imagem do profissional da advocacia fora do âmbito digital impactando em seu círculo de relacionamentos, representando a forma como são observados no mercado.

3.1. BUSCA POR CAPACITAÇÕES

Em razão das instituições de ensino superior oferecerem uma formação pouco complementar dentro do curso de direito, infelizmente não vem obtendo êxito em conseguir formar um profissional da área jurídica com um conhecimento de administração, tecnologias ou além do jurídico, fazendo necessário por parte deste profissional buscar tal conhecimento fora da instituição.

A priori, entende-se que o advogado precisa de uma visão de negócios e a partir desta visão de negócios ele começa a entender que deve conhecer as necessidades, interesses e perfil do cliente, não apenas do ponto de vista da prestação jurídica isoladamente, mas em conjunto com fatores externos, sendo certo que é primordial o advogado possuir uma visão para além do direito, uma vez que o cliente está fora da área jurídica.

Assim, vislumbra-se o primeiro resultado advindo da implementação do marketing jurídico na realidade profissional, sendo a necessidade de adquirir conhecimentos tecnológicos e uma visão de negócios para traçar planejamentos e melhorar a qualidade, a certeza e assertividade da prestação jurídica para o cliente, como aperfeiçoar o grau de conhecimento dos profissionais do escritório que fizer uso deste meio de divulgação, sendo interessante sair por um breve momento da bolha jurídica e trafegar em ramificações de outras áreas, a fim de ampliar o alcance dos negócios.

Deste modo, um ambiente com profissionais qualificados, que possuem um marketing jurídico sólido, tende a prospectar mais clientes e obter um retorno financeiro considerável e em um tempo significativamente menor caso não aplicasse tais estratégias, e isso só é possível graças as inovações que permitem o percorrer de informação por um extenso público, diferentemente das práticas mais engessadas como distribuição de cartões.

3.2. ELABORAÇÃO E DINAMIZAÇÃO DE CONTEÚDOS

O uso de redes sociais para divulgar e impulsionar publicações de caráter informativo, tem beneficiado o profissional autor do conteúdo, o possível cliente, mas também outros profissionais do direito.

Ao se aprofundar neste tópico será necessário ter uma visão de que apesar de todos os benefícios presentes nas redes sociais, há determinada limitação ao se realizar uma postagem, seja por meio de um limite de caracteres indo até a proporção de imagem. Mediante tal condições, os profissionais ao desenvolverem algum conteúdo informativo com o fim de divulgação, se deparam constantemente com limitações que os estimulam a deixar o conteúdo mais dinâmico e chamativo. No que se refere a ser “dinâmico”, o principal exemplo é transformar um tema complexo e de difícil entendimento, em algo com linguagem simples e que qualquer pessoa possa compreender sem muito esforço e ter acesso à informação, e isso anda lado a lado com o conceito “chamativo”, vindo a se referir ao uso de imagens ou esquemas para chamar e prender a atenção do leitor, como auxiliar na compreensão do conteúdo, ou seja, conteúdo simples, resumido e visualmente agradável.

Partindo para o que se refere ao público, o que era para ser um conteúdo interessante para possíveis clientes, se torna um conteúdo interessante para outros profissionais do direito, seja no que cerca a ideias quanto para enriquecer e facilitar a compreensão de temas de áreas distintas de sua atuação.

3.3. POSSIBILIDADE DE CANAIS DE COMUNICAÇÃO COM CLIENTES ATUAIS E PROSPECÇÃO DE NOVOS CLIENTES

Como visto, o marketing digital pode ser realizado por meio de aplicativos e ferramentas, dentre eles o WhatsApp ou chatbot.

O WhatsApp vem permitindo que o profissional estabeleça um grupo como canal de comunicação mais próximo do cliente atual

ou do cliente antigo, vindo até eventualmente resgatar este último, ao muni-los de informativos ou caminhos práticos que devem ser trilhados para encontrar soluções.

Em contrapartida, o chatbot ao promover informações precisas como informações de contatos ou realização de triagem do possível cliente para devidamente encaminhá-lo ao profissional adequado, resulta em abarcar o que seria a prospecção de novos clientes. Por último ainda há o aplicativo zoom possibilitando ao profissional da advocacia realizar webnários com clientes atuais para tratar e promover debates e discussões sobre temas comuns entre eles.

3.4. FOMENTO DA IMAGEM DE ESCRITÓRIOS E PROFISSIONAIS

Se engana quem pense que o marketing jurídico gera impacto apenas no que se refere a prospecção de clientes. Esta prática de divulgação se ramifica em parcerias com outros escritórios seja da mesma área de atuação ou de áreas distintas, ampliação da rede de relacionamento, seja através de empresas ou entidades sociais, além de estimular a busca por contratação.

Um escritório que possui um marketing jurídico, sólido, bem planejado e com conteúdo de qualidade, tende a atrair profissionais capacitados e profissionais recém formados no mercado, mas ambos em busca de um ambiente consolidado e com reconhecimento para poder trabalhar e botar em prática suas habilidades, vindo a enriquecer o corpo jurídico daquele ambiente.

Por outro lado, o marketing jurídico pode e é constantemente utilizado também por profissionais que enquanto levam informações, simultaneamente buscam mostrar até onde vai seu raio de conhecimento, como ao promover e estimular debates e discussões com outros profissionais da advocacia sobre divergências jurisprudenciais ou decisões de tribunais superiores, sendo um ponto que ao participarem de algum processo seletivo para ingressar em escritórios de grande porte, pode suscitar em determinada vantagem

ao transmitir uma postura de profissional engajado e que trará vantagens ao estabelecimento que objetiva ingressar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulamentação do marketing jurídico através do provimento 205/2021 trouxe uma consonância da divulgação da profissão da advocacia e de conteúdos jurídicos com a inovação tecnológica resultante das últimas duas décadas. Possibilitando que os profissionais do direito se orientassem e se otimizassem frente as tecnologias em sua disposição e ainda sim estarem de acordo com os preceitos fixados pelo Código de Ética e Disciplina da OAB.

Esta tranquilidade e conforto gerada aos profissionais através do reconhecimento do marketing jurídico como uma prática essencial e inovadora, já promoveu grandes avanços dentro da profissão, seja na busca por capacitações, competitividade no mercado, no desenvolvimento de conteúdos de qualidade e focado em abarcar todos os públicos, até mesmo na relação profissional e cliente, ao levar a este último mais acessibilidade e conhecimento.

Ainda há muito o que se esperar da possibilidade de uso das plataformas e ferramentas listada no anexo disposto no provimento, baseado em todo o alcance que estes atuais meios tecnológicos já proporcionam no dia a dia principalmente dos profissionais da advocacia, mas também em seus constantes aperfeiçoamentos.

O marketing jurídico nas plataformas digitais foi o ponto de partida para impulsionar o crescimento, necessidade e valor social que as profissões ligadas ao direito possuem na realidade das pessoas, seja levando informação ou até mesmo direcionando a caminhos para encontrarem soluções, mas também aumentando a busca pelo reconhecimento e crescimento dos profissionais do direito.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Guilherme. Marketing Jurídico: guia atualizado para advogados [2022]. Termo *in*: **3MIND**. Disponível em: <https://www.3mind.com.br/blog/marketing-juridico-digital/#7>. Acesso em: 24/03/2022.

INCONTRACT. Provimento 205/2021: Fique por dentro das mudanças no marketing jurídico. Termo *in*: **In Contract**. Disponível em: <https://www.incontract.com.br/provimento-205-2021/>. Acesso em: 24/03/2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento N. 205/2021**, 2021.

FILHO CONCEBIDO POST MORTEM DECORRENTE DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL À LUZ DO DIREITO SUCESSÓRIO

*Vanessa Silva de Paula*¹

*Ana Beatriz Carbos Costa*²

*Danielle Caroline Campelo Silva*³

INTRODUÇÃO

Sabe-se que desde a ascensão da biotecnologia junto à medicina, tornou-se factível a efetivação de técnicas antinaturais de reprodução humana, principalmente, para aqueles que se encontram em situações de infertilidade ou esterilidade. Ocorre que a busca por bancos de sêmen teve um aumento considerável nos últimos anos, em razão do pretencioso desejo dos casais de terem filhos, ganhando mais evidência as procriações artificiais.

As novas técnicas artificiais contam com sêmens, óvulos ou com embriões que, por vontade pessoal dos casais ou unilateral de uma pessoa, estão em estado de conservação em clínicas especiais para que, posteriormente, possam ser introduzidos e fecundados. Importante destacar que, o Código Civil (BRASIL, 2002) discorre brevemente sobre situações desse tipo e, mesmo não tendo força de lei e servindo unicamente como orientações éticas, a resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 1992), menciona normas

1 Acadêmica do curso de Direito no Centro Universitário – Faminas. E-mail: vanessinhasilvadepaula@gmail.com.

2 Acadêmica do curso de Direito no Centro Universitário – Faminas. E-mail: beatrizcarbos@outlook.com.

3 Advogada e professora do Curso de Direito do Centro Universitário Faminas – 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.

que devem ser empregadas pelos profissionais da área da saúde que realizam tais procriações.

Nesse viés, discussões sobre os direitos sucessórios de técnicas de inseminação artificial póstuma é assunto relevante para o Direito Civil, uma vez que a criança será concebida depois da morte do doador do sêmen e conforme a aplicação do Princípio da Coexistência entre o herdeiro e o autor da herança, os direitos sucessórios deveriam se dar com a concepção do nascido quando da abertura da sucessão, ou seja, os direitos patrimoniais estão resguardados desde a concepção, desde que o embrião nasça com vida, sendo parte legítima para suceder o *de cuius* (MAIA, 2013).

À vista disso, o objeto precípuo do presente estudo, é discorrer sobre o filho concebido *post mortem* decorrente de inseminação artificial, à luz do direito sucessório, analisando os direitos do embrião fecundado *post mortem*, bem como a interpretação do artigo 1798 do Código Civil (BRASIL, 2002), além dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca desta temática.

1 DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:

A priori, é sabido que a Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 227, §6º (BRASIL, 1988), a igualdade jurídica entre todos os filhos, de forma a proibir qualquer distinção entre a filiação havida na constância do casamento, ou não, por adoção, por vínculo socioafetivo.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.596 (BRASIL, 2002) e o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 20 (BRASIL, 1990), reiteram o Princípio da Igualdade de Filiação, já estabelecido anteriormente pela Carta Magna.

Diante disso, é notório que no ordenamento jurídico brasileiro não subsiste qualquer desigualdade entre filhos, de forma que todos os filhos herdem em igualdade de condição, consoante ao artigo 1.834 do Código Civil vigente (BRASIL, 2002).

Neste cenário, no que concerne ao direito sucessório dos descendentes de primeiro grau, são considerados herdeiros legítimos necessários. Assim, a herança dos filhos é atribuída de acordo com as normas do art. 1.829 do CC/02, possuindo a garantia de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio *de cuius*, de forma que só poderá ser disposto em testamento no máximo metade dos bens, concorde trata o artigo 1.846 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Consoante ao trazido pelo doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 14), “a sucessão legítima representa a vontade presumida do *de cuius* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção”. Por conseguinte, presume-se que, caso o *de cuius* tivesse a vontade de alterar a ordem sucessória, teria sido feito testamento, dentro do limite da legítima.

Na oportunidade de deferimento da sucessão legítima, em concordância ao artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002), os filhos terão preferência sobre os demais sucessores legítimos, observado a concorrência com o cônjuge sobrevivente casado com o falecido nos regimes de separação convencional de bens e comunhão parcial, quando tem bens particulares.

Além do exposto, geralmente, a legitimidade para suceder depende do momento da abertura da sucessão. Todavia, há a excepcionalidade do nascituro, que já está concebido, porém ainda não nasceu, face ao que aduz o artigo 1.798 do Código Civil (BRASIL, 2002).

No artigo 2º do Código Civil de 2002, é exposto que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Nota-se, portanto, a ressalva do legislador aos direitos do nascituro, que se vale desde a concepção, porém só serão efetivados com o nascimento com vida. Destarte, a reserva de direitos ficará sob encargo do *curador ventris*, até o nascimento.

1.1 DIREITO À SUCESSÃO DO EMBRIÃO FECUNDADO *POST MORTEM*

A evolução da biotecnologia e da ciência, permitiu diversas técnicas de reprodução assistida que proporcionam a realização do sonho de ter filhos, que antes eram impossibilitadas por razões adversas, à exemplo da infertilidade de um dos cônjuges ou companheiros.

À luz da Constituição Federal, baseado no artigo 226, §7º (BRASIL, 1998), sob fundamento ao Princípio da Dignidade da Pessoa e da Paternidade Responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal. Combinado com a regulamentação da Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996), é direito à assistência à concepção e contracepção, direito à procriação, direito ao acesso às informações acerca do planejamento familiar, incluindo neste o acesso às técnicas de reprodução artificial.

Face ao tratado alhures, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro trouxe previsão legal no artigo 1.798 do Código Civil (BRASIL, 2002) que, ao tempo da abertura da sucessão, pessoas vivas ou já concebidas poderão ser herdeiras ou legatárias.

Trata-se, portanto, do Princípio da Coexistência, que, conforme elenca Carlos Maximiliano (1942, p. 130), “Herdar é adquirir a propriedade do espólio; ora o nada não pode adquirir. A sucessão transmite-se no momento da morte; logo nesse momento é preciso haver sucessor, coexistir hereditando e herdeiro, testador e legatário”.

No entanto, o artigo 1.597, inciso III do Código Civil traz a presunção de concepção na constância do casamento “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” (BRASIL, 2002). Além disso, a Constituição Federal, conforme já tratado, consagra a absoluta igualdade de direitos entre filhos.

Cabe mencionar que inseminação artificial homóloga se trata da “implantação dos espermatozoides do doador no óvulo da mulher, em seu período fértil, sendo indicado quando se tem a incompatibilidade ou a hostilidade do muco cervical; a oligospermia e a retro ejaculação” (SCARPARO, 1991). Isto posto, a inseminação artificial homóloga utiliza materiais genéticos pertencentes aos cônjuges.

Ademais, o Código Civil traz no inciso IV do artigo 1.597, que será presumido concebidos na constância do casamento os filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga” (BRASIL, 2002). Neste caso, resguarda-se os embriões excedentários resultantes de inseminação artificial, cujos embriões permaneceram congelados através da técnica da criopreservação.

Existe, ainda, a técnica de inseminação artificial heteróloga, que consiste na utilização do material genético de pessoa alheia ao relacionamento, de forma anônima, que poderá ser fecundado de forma unilateral, utilizando apenas o sêmen de homem para a fecundação no óvulo, ou bilateral, em que utiliza o óvulo e o sêmen de terceiros.

Verifica-se, nessas hipóteses, que a incompatibilidade genética entre a figura do pai, ou do pai e da mãe, a depender, e o filho nascido através da inseminação heteróloga. Todavia, é notório a socioafetividade, que consiste no “liame específico, que une duas pessoas em razão do parentesco ou de outra fonte constitutiva da relação de família” (LÔBO, 2006).

À vista disso, o Código Civil de 2002 trata no inciso V do artigo 1.597 que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido” (BRASIL, 2002). Entretanto, nota-se que se faz necessário e, uma vez autorizado, não há a possibilidade de negar a paternidade.

Segundo a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294/2021, far-se-á necessário consentimento livre e esclarecido aos pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, tal “documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida” (BRASIL, 2021).

Ademais, segundo o artigo 17, §2º, do Provimento CNJ nº 63 (BRASIL, 2017), tratando-se da reprodução assistida *post mortem*, será

necessário apresentação de: declaração de nascimento vivo; declaração do diretor técnico da clínica, centro ou serviço, de reprodução humana em que foi realizado o procedimento, devendo estar indicando se foi pelo procedimento heterólogo e o nome dos beneficiários; certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal; e termo de autorização prévia específica do falecido ou falecido para uso do material genético, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Urge salientar que, a 4ª turma do STJ entendeu, em votação de 3 a 2 em sede do Recurso Especial nº 1918421 (BRASIL, 2021), a impossibilidade de implantação de embriões após a morte de um dos cônjuges sem manifestação inequívoca, expressa e forma, o que será tratado *a posteriori*.

Por fim, à luz do artigo 1.799, inciso I do Código Civil (BRASIL, 2002), o autor da herança tem a faculdade de deixar parte de seu patrimônio, através de testamentos, aos filhos, ainda que não concebidos ao tempo da morte. Todavia, faz-se necessário o nascimento em até dois anos após a abertura da sucessão, conforme artigo 1800 do CC/02 (BRASIL, 2002).

1.1.1 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ARTIGO 1.798 DO CÓDIGO CIVIL E O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POST MORTEM

Consoante ao tratado anteriormente, de forma taxativa, preceitua o artigo 1.798 do Código Civil, *in verbis*: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da”os por meio princípio constitucional da Igualdade de Filiação.

Neste cenário, Giselda Hironaka (2007) trata:

Ainda que não implantado, o embrião está concebido e, desde que identificado com os doadores de gametas,

a ele será possível conferir herança, assim como ao nascituro, eis que o art. 1798 do Código Civil admite estarem legitimados a suceder não apenas as pessoas nascidas, mas também aquelas concebidas ao tempo da abertura da sucessão.

Segundo o Enunciado nº 267, da III Jornada de Direito Civil (BRASIL, 2004):

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Isto posto, o embrião no estado pré-implantatório, já ocorreu a concepção, todavia ainda não houve a implantação no ventre materno. Assim sendo, o legislador não distinguiu o *locus* da concepção e não trouxe a necessidade da implantação.

À vista do exposto, é notório o reconhecimento do direito sucessório do filho concebido *post mortem*, que, à luz do Enunciado 267 (BRASIL, 2004), é equiparado à legitimidade dada às pessoas nascidas e aos concebidos no ato da abertura da sucessão. Em contrapartida, com alicerce no artigo 1.799 do CC/02 (BRASIL, 2002), podem ser submetidos às regras da sucessão testamentária, face à omissão legislativa de forma específica.

2 O FILHO CONCEBIDO *POST MORTEM* ATRAVÉS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO ACERCA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Doutrinariamente, existe divergência acerca dos direitos sucessórios do filho concebido *post mortem* através de inseminação artificial.

A priori, a primeira corrente, denomina Restritiva ou Excludente, ora defendida por, principalmente, Mônica Aguiar (2005) e Jesualdo Eduardo de Almeida Junior (2005), nega qualquer direito ao filho, seja no âmbito do Direito de Sucessões, seja na seara do Direito de Família, uma vez que o vínculo conjugal se encerra com a morte.

Urge mencionar que os defensores da corrente restritiva entendem acerca da proibição, em concordância aos países como Alemanha e Suécia, onde é adotado sistemas positivos restritivos, de forma que preveem atuações consideradas socialmente danosas.

No livro Direito à filiação e bioética, Mônica Aguiar (2005) defende que, ainda que se houver a inseminação artificial homóloga *post mortem*, o consentimento prévio concedido será revogado, uma vez que o doador do material genético faleceu, considera-se, assim, filho apenas do cônjuge sobrevivente. Nesse sentido, segundo Jesualdo Eduardo (p. 1, 2005), “o embrião fecundado *post mortem* não teria direito sucessório algum, pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida”.

A contrário sensu, a segunda corrente, conhecida como Relativamente Excludente, defendida por Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003), Juliane Fernandes Queiroz (2001) e Giselda Hironaka (2003), admite efeitos do Direito de Família, de forma a que o filho concebido não terá condição de herdeiro em face da herança do pai, ainda que tenha a paternidade reconhecida, baseado no que expõe o Código Civil e Constituição Federal.

Posto isto, Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 225) trata:

Em princípio não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial post mortem, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1.784) e dela participam as “pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1.798).

Por sua vez, Maria Berenice Dias (2021, p. 225) expõe:

Cabe lembrar que a legislação não proíbe a inseminação post mortem e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho assim concebido. Esta é a posição de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, que invoca ainda o princípio da liberdade e o direito ao planejamento familiar, ambos consagrados em sede constitucional. Com isso, reconhece plenos efeitos à inseminação artificial homóloga *post mortem* e amplos direitos sucessórios, não se restringindo à sucessão testamentária. A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial post mortem pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno.

No mesmo sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007) entende:

Supondo que tenha havido a autorização e que os demais requisitos tenham sido observados, admitindo-se, assim, a inseminação post mortem, operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as consequências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, pelo seu art. 226, §

6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido.

Consoante ao exposto, por último, há o entendimento que, ainda que não concebido ao tempo da morte do pai, o filho terá o direito sucessório. Porém, faz-se necessário que o pai tenha manifestado expressamente o consentimento para a ocorrência da fertilização após a morte.

Face a omissão do legislador e a carência de normas específicas acerca da temática, no ano de 2010, o juiz Alexandre Gomes Gonçalves da 13ª Vara Cível de Curitiba/ PR fez a primeira manifestação sobre a reprodução póstuma nos autos do processo nº 0027862-73.2010.8.16.0001, concedendo liminar autorizando a reprodução *post mortem* através de fertilização *in vitro* de sêmens congelados.

Diante desta omissão, os Tribunais para o julgamento das demandas com essa temática utilizavam a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 1992), que trata acerca da impossibilidade de presunção do consentimento do *de cujus* para a utilização da inseminação artificial homóloga *post mortem* e orienta aos profissionais para que, quando da coleta do material genético, seja extraído dados com relação às possibilidades, especialmente do falecimento do genitor.

Assim sendo, nota-se que a resolução retromencionada tem como escopo sanar a lacuna na legislação acerca da ocorrência da inseminação após o falecimento do pai, sobretudo sanar evidente falha com a realização de inseminação artificial homóloga *post mortem* sem devida autorização expressa do pai falecido, e, posteriormente, é protocolada ação para discutir os direitos sucessórios do filho concebido.

Posto isto, nota-se a jurisprudência:

DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO

POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

1. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 2. “No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo” (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina) 3. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-DF – EIC: 20080111493002, Relator: CARLOS RODRIGUES, Data de Julgamento: 25/05/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/06/2015 . Pág.: 82) (grifos das autoras).

Sendo assim, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu acerca da impossibilidade de presunção do consentimento do *de cujus* para a utilização de embrião *post mortem*.

No mesmo sentido, a 4ª turma do STJ se manifestou sobre a impossibilidade de implantação de embriões após a morte de um dos cônjuges sem o consentimento inequívoco, expressa e formal. Veja-se, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS

NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL.

1. A negativa de prestação jurisdicional não se configura quando todos os aspectos relevantes para o correto julgamento da causa são considerados pelo órgão julgador, estabelecendo-se, de modo claro e fundamentado, a compreensão firmada, ainda que em sentido diferente do desejado pelos recorrentes.

2. Nos termos do entendimento do STJ, é inviável, em recurso especial, a verificação de ofensa/aplicação equivocada de atos normativos interna corporis, tais como regimentos internos, por não estarem compreendidos no conceito de tratado ou lei federal, consoante a alínea “a” do inciso III do art. 105 da CF/1988.

3. No que diz respeito à regulamentação de procedimentos e técnicas de reprodução assistida, o Brasil adota um sistema permissivo composto por atos normativos e administrativos que condicionam seu uso ao respeito a princípios éticos e constitucionais. Do acervo regulatório destaca-se a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que impõe a prevalência da transparência, do conhecimento e do consentimento da equipe médica, doadores e receptores do material genético em todas as ações necessárias à concretização da reprodução assistida, desde a formação e coleta dos gametas e embriões, à sua criopreservação e seu destino.

4. Quanto ao destino dos embriões excedentários, a Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) dispõe que poderão ser implantados no útero para gestação, podendo, ainda, ser doados ou descartados. Dispõe, ademais, que, garantido o consentimento dos genitores, é permitido utilizar células-tronco embrionárias obtidas da fertilização in vitro para fins de pesquisa e terapia.

5. Especificamente quanto à reprodução assistida post mortem, a Resolução CFM n. 2.168/2017, prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente.

6. Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (art. 17, § 2º) estabelece que, na reprodução assistida post mortem, além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

7. O Enunciado n. 633 do CJF (VIII Jornada de Direito Civil) prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expresso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira.

8. O Planejamento Familiar, de origem governamental, constitucionalmente previsto (art. 196, § 7º e art. 226), possui natureza promocional, e não coercitiva, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e consiste na viabilização de utilização de recursos educacionais e científicos, bem como na garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas de regulação da fecundidade.

9. O princípio da autonomia da vontade, corolário do direito de liberdade, é preceito orientador da execução do Planejamento Familiar, revelando-se,

em uma de suas vertentes, um ato consciente do casal e do indivíduo de escolher entre ter ou não filhos, o número, o espaçamento e a oportunidade de tê-los, de acordo com seus planos e expectativas.

10. Na reprodução assistida, a liberdade pessoal é valor fundamental e a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, sem nenhuma subserviência à vontade de outro sujeito de direito.

11. O CC/2002 (art. 1.597) define como relativa a paternidade dos filhos de pessoas casadas entre si, e, nessa extensão, atribui tal condição à situação em que os filhos são gerados com a utilização de embriões excedentários, decorrentes de concepção homóloga, omitindo-se, contudo, quanto à forma legalmente prevista para utilização do material genético post mortem

12. A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição post mortem, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia.

13. A declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação post mortem de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo.

14. Recursos especiais providos.

(STJ – REsp Nº 1918421 SP 2021/ 0024251-6. Relator: MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 08/06/2021 T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/08/2021) (grifos das autoras).

In casu, trata-se de uma ação ajuizada pelos dois filhos do primeiro casamento do falecido, em fase da atual esposa, que pretendia utilizar embriões congelados do falecido, e do hospital, com o escopo de declarar a inexistência de direito de utilização *post mortem* dos embriões.

Em primeira instância, a sentença foi procedente ao pedido dos herdeiros. *A posteriori*, em sede de recurso junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, houve a autorização para a esposa implantar os embriões. Por fim, de forma majoritária, em votação de 3 a 2, entendeu-se a não autorização de implantar embriões *post mortem*, face à ausência de manifestação inequívoca, expressa e formal do falecido.

Satisfaz expor, por fim, que, a viúva de Paulinho, vocalista da banda de grande renome nacional Roupa Nova, manifestou no programa de televisão Balanço Geral a vontade de realizar a inserção de embriões congelados do músico, que faleceu em decorrência do COVID-19 no ano de 2020.

Deste modo, assente ao atual entendimento jurisprudencial, havendo manifestação inequívoca, expressa e formal do falecido, tal procedimento poderá ser realizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, viu-se, neste estudo, que para fins de direito sucessórios, vigora-se o entendimento de que os filhos possuem igualdade de condição para figurarem como herdeiros, ainda que não tenham sido concebidos na constância do casamento. Ademais, para que uma pessoa seja considerada herdeira do *de cujus*, leva-se em consideração o momento em que se deu a abertura da sucessão.

Outro ponto importante que fora abordado é que o planejamento familiar é de decisão em comum do casal, e em conformidade com o que menciona o Código Civil (BRASIL, 2002), os filhos havidos por fecundação artificial (incluindo os embriões excedentários), ainda que posterior à morte do marido, serão presumidos como concebidos na constância do casamento.

Destaca-se, além disso, que como aludido no decorrer deste artigo, para a ocorrência da fecundação póstuma, é necessário que o marido tenha deixado expressa autorização para dar direito à esposa ou companheira sobrevivente de prosseguir com a procriação artificial. Para mais, no sentido de que resta proibido qualquer distinção de paridade filial, o filho advindo das técnicas de reprodução assistida terá assegurado todos os seus direitos juridicamente lhes garantidos, em razão da existência de vínculo parental de filiação.

Percebeu-se que, tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente, ainda existem questionamentos acerca dessas questões, em razão da visível omissão legislativa que aborde especificamente tais asserções.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/6522/tecnicas-de-reproducao-assistida-e-o-biodireito/2>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento nº 63**, de 14 de novembro de 2017. Brasília, DF.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 267. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2004.

BRASIL. Constituição de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. Resolução CFM nº 2.294/2021, de 15 de junho de 2021. **Resolução do Conselho Federal de Medicina**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1918421/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 de agosto de 2021. Disponível: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27202100242516%27.REG>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Embargos Infringentes 2008 01 1 149300-2. Relator: Desembargador Carlos Rodrigues – Primeira Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 de junho de 2015. Disponível: <https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTRA&CD-NUPROC=20080111493002EIC>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2022.

DIAS, MARIA BERENICE. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2021.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o bio-direito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GLAUCO, Araújo. **Justiça autoriza professora a usar sêmen do marido morto no Paraná**. G1, São Paulo, 27/05/2010. Disponível em: <https://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/justica-autoriza-professora-usar-semen-de-marido-morto-no-parana.html>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021,

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Notadez, 2007. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/290/As+inova%C3%A7%C3%B5es+biotecnol%C3%B3gicas+e+o+direito+das+sucess%C3%B5es*. Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil – parte especial: do direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8333>. Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. I.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIBEIRO, Raquel Martins. **Viúva de Paulinho, do Roupá Nova, quer engravidar do cantor: entenda**. Metrópolis, 04/01/2022. Disponível em: <https://www.metropoles.com/celebridades/viuva-de-paulinho-do-roupa-nova-quer-engravidar-do-cantor-entenda>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2022.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

O RECONHECIMENTO DA INDIGNIDADE ANTE À PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A HOMICÍDIO DOLOSO E A DECISÃO DO STJ PROFERIDA EM SEDE DOS RECURSOS ESPECIAIS Nº 1.938.984 E Nº 1.943.848

*Ana Beatriz Carbos Costa*¹

*Vanessa Silva de Paula*²

*Danielle Caroline Campelo Silva*³

INTRODUÇÃO

Reza a Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, XXX, que o direito à herança é garantia fundamental. Nesse viés, a transmissão patrimonial dos bens do *de cujus* por *causa mortis* deve ser assegurada aos seus sucessores legítimos e testamentários.

O artigo 1.784 do Código Civil (BRASIL, 2002) preceitua que, aberta a sucessão, os bens são transmitidos, desde logo, aos herdeiros. Com base nesse entendimento, o princípio da *saisine* (GONÇALVES, 2021) salienta que a propriedade e a posse dos bens são repassadas automaticamente e imediatamente aos sucessores do autor da herança.

Fato é que tal atribuição sucessória segue uma ordem de chamamento cognominada como vocação hereditária, onde se alinha os descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro e os colaterais do falecido. Todavia, em certas situações, a sucessão hereditária não

1 Acadêmica do curso de Direito no Centro Universitário – Faminas. E-mail: beatrizcarbos@outlook.com

2 Acadêmica do curso de Direito no Centro Universitário – Faminas. E-mail: vanessinhasilvadepaula@gmail.com

3 Advogada e professora do Curso de Direito do Centro Universitário Faminas – 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.

se perfaz, em virtude de a lei colocar causas de supressão da sucessão em que determinado herdeiro empreende atos lesivos ou ofensivos à pessoa do morto.

Assim, nessas hipóteses legais, devido ao gravame ocasionado ao autor da herança ou mesmo a pessoas próximas a ele, jus é perda do direito de a herança, de modo a tornar o herdeiro, indigno para adquirir os seus bens. Dessa forma, o direito fundamental de usufruir da herança, a pouco mencionado, outorga lugar a um dos maiores princípios constitucionais, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana intitulada no artigo 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Verifica-se, para tanto, que para ser herdeiro não é suficiente mero laço consanguíneo ou conjugal, precisa-se de componente moral para ter benesses sucessórias oriundas da morte do *de cuius*.

Ante ao exposto, o presente estudo, tem como objetivo precípuo, analisar sistemicamente o instituto da indignidade, principalmente, no que tange às suas hipóteses legais previstas no Código Civil (BRASIL, 2002), bem como pormenorizar a respeito do julgamento do recurso especial nº 1.938.984 – PR.

1 A INDIGNIDADE COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA SUCESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO:

Para que uma pessoa seja considerada indigna e, conseqüentemente, seja excluída da sucessão é necessário que ela se enquadre em alguma das hipóteses do artigo 1814 do Código Civil (BRASIL, 2002). Restará configurado tal instituto quando o herdeiro legítimo e/ou testamentário vir a cometer ato lesivo ao autor da herança.

Tal dispositivo legal trata-se de um rol taxativo, por isso, não é possível a aplicação de interpretação extensiva ou analógica, muito menos considerar causas que não estão expressas neste rol. Entretanto, há uma corrente minoritária (TARTUCE, 2021, p. 132) que considera ser, tais pressupostos elencados, como sendo exemplificativos. Defende, esta corrente, que devido à Teoria Tridimensional do Direito, o Código

Civil (BRASIL, 2002) adota-se um sistema aberto. Isso significa dizer que as cláusulas gerais possuem conceitos indeterminados (TARTUCE, 2021, p. 132).

Faz-se necessário, portanto, uma análise perscrutada de cada uma das conjecturas apresentadas no referido artigo.

Aduz o Código Civil em seu respectivo inciso I do artigo 1814 (BRASIL, 2002), *in verbis*: “houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente”. Percebe-se que é de suma importância o herdeiro ter cometido o crime de homicídio contra o autor da herança (ou contra as pessoas apontadas – ascendentes ou descendentes e cônjuges ou companheiros) ou mesmo ter tentado a fazê-lo. Além do mais, sendo o herdeiro partícipe ou mesmo coautor, poderá ser considerado, por força da lei, indigno.

Salienta-se, por sua vez, que é crucial o fato de o homicídio ser doloso, haja vista ser a culpa decorrente de imprudência, negligência ou imperícia. Assim, na falta do *animus necandi*, não seria possível considerar o agente praticante do crime como indigno.

Ainda em análise do artigo, alude o inciso II (BRASIL, 2002): “houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro”. O ato efetuado pelo herdeiro deve ser uma denúncia em juízo contra o *de cuius* ou contra a sua honra (injúria, calúnia e difamação). Nota-se que para que seja caracterizada tal possibilidade é necessário que a denúncia seja falsa e contraditória com a veracidade dos fatos, sendo que, o acusador deve estar consciente disso. Isso sem contar que o entendimento jurisprudencial é de que tal crime tenha sido realizado em juízo criminal (GONÇALVES, 2021). Inclui-se, além disso, quando o crime houver sido praticado contra a honra do cônjuge ou companheiro do autor da herança. Todavia, o artigo não menciona nada acerca dos ascendentes e descendentes deste, o que leva a doutrina a concluir que estes não se enquadram nesta hipótese.

Por fim, o inciso III (BRASIL, 2002) possui a seguinte redação: “por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade”. O verbo inibir é o mesmo que restringir/reprimir a autonomia do autor da herança. Já obstar significa impossibilitar que se disponha de seus bens. Tais fatos podem acontecer mediante violência física ou psicológica ou por intermédio de fraude e isso faz com que o testamento do aludido seja nulo em razão de estar presente um vício de consentimento.

Nesse sentido, Washington Barros Monteiro (2003, p. 66) menciona quais as hipóteses a doutrina frequentemente retrata:

- a) o herdeiro constrange o de cujus a testar; b) ou então impede-o de revogar testamento anterior; c) suprime testamento cerrado ou particular dele; d) urde ou elabora um testamento falso; e) cientemente, pretende fazer uso de testamento contrafeito.

Diante disso, ocorrendo quaisquer dessas perspectivas levantadas neste tópico, o herdeiro poderá ser considerado indigno e, em virtude disso, ter extinguido todos os seus direitos sucessórios enquanto herdeiro do *de cujus*.

1.1 A INDIGNIDADE RECONHECIDA NA HIPÓTESE DO INCISO I DO ARTIGO 1.814 DO CÓDIGO CIVIL

Conforme visto anteriormente, o inciso I do artigo 1.814 do CC/02, considera indignos os que “houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente” (BRASIL, 2002). Destarte, nota-se que não se faz necessário que o herdeiro seja autor do homicídio doloso ou da tentativa deste, bastando que participe como autor ou partícipe.

Urge mencionar que o inciso I do artigo 1.595 do Código Civil de 1916 trazia na redação “que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar” (BRASIL, 1916), notando-se que houve um aperfeiçoamento na redação, ao retirar os termos cúmplice e homicídio voluntário.

Além disso, é notório que este inciso se trata da causa mais grave do rol taxativo do artigo 1.814 (BRASIL, 2002), uma vez que demonstra ingratidão do herdeiro ao privá-lo ou tentar privá-lo do direito fundamental à vida, previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao praticar contra ele homicídio doloso ou tentar. Extrai-se deste, o provérbio jurídico alemão *blutige hand nimmt kein erbe*, que significa mão ensanguentada não apanha herança e da máxima francesa *on n’herite pas de ceux qu’on assassine*, que preceitua que ninguém herda dos que assassina (VENOSA, 2021).

Ressalta-se que, ainda que não prevista de forma específica, Antonio Cicu (1954, p. 86) entende que, para efeito da indignidade, a instigação ao suicídio deve ser equiparada ao homicídio, tendo em vista que se trata de crime praticado dolosamente contra a vida do autor da herança.

Neste sentido, sobre o tema, tramita na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania o Projeto de Lei 867/11 (BRASIL, 2011) que visa ampliar os crimes que são causa para excluir herdeiro da sucessão, proibindo a concessão de herança a quem tenha praticado ou tentado praticar qualquer ato que atente contra à vida ou à dignidade sexual do autor da herança ou seu cônjuge, companheiro, filhos, netos ou irmãos.

Apesar disso, ainda se trata de um Projeto de Lei. Todavia, existe grande divergência doutrinária acerca da taxatividade do artigo 1.814 do CC/02 (BRASIL, 2002), conforme já tratado anteriormente. Neste sentido, trata Flávio Tartuce (2021, p. 132):

[...] o rol do art. 1.814 do Código Civil é taxativo (*numerus clausus*) ou exemplificativo (*numerus*

apertus)? Existem argumentos consideráveis – geralmente utilizados por este autor para defender suas teses – para as duas correntes. Para a afirmação de que o rol é taxativo, pode-se dizer que a norma é de exceção e restritiva de direitos e, como tal, não admite interpretação extensiva. Para a premissa da relação aberta, volta-se ao argumento de que o Código Civil de 2002 adotou um sistema aberto, baseado em cláusulas gerais e conceitos indeterminados, na linha da teoria tridimensional do Direito e da ontognoseologia de Miguel Reale.

Cabe mencionar, ainda, que no ordenamento jurídico brasileiro prevalece o princípio da independência da responsabilidade civil em relação à penal, não podendo, todavia, consoante aduz o artigo 935 do Código Civil, “questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.” (BRASIL, 2002)

Destarte, ainda que não finalizada a ação penal, a ação cível tramitará independente e autonomamente. Todavia, havendo sentença penal condenatória, o dolo ou culpa do agente já foi analisado, não podendo haver o reexame na área cível.

A contrario sensu, havendo absolvição do réu na ação penal por reconhecimento da inexistência da materialidade do fato ou autoria delitiva ou pelo reconhecimento do ato ter sido praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, afasta-se a configuração de indignidade na esfera cível, sob fundamento do dispositivo legal retromencionado e o artigo 65 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

2 O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.938.984 – PR:

Em sede de Recurso Especial, a 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, decidiu que menor

de idade que matou os pais não teria direito à herança. Veja-se, in verbis:

EMENTA CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE INDIGNIDADE COM PEDIDO DE EXCLUSÃO DE HERDEIRO. OMISSÕES RELEVANTES. INOCORRÊNCIA. QUESTÃO EXPRESSAMENTE DECIDIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CONDIÇÃO DA AÇÃO NO CPC/73. QUESTÃO DE MÉRITO NO CPC/15. RECONHECIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RESOLUÇÃO DO PROCESSO COM MÉRITO. APTIDÃO PARA FORMAR COISA JULGADA MATERIAL. CONCEITO E CONTEÚDO INALTERADOS. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO À PRETENSÃO DO AUTOR, SOB PENA DE JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR. CONTUNDENTE DIVERGÊNCIA SOBRE A NATUREZA DO ROL DO ART. 1.814 DO CC/2002 E SOBRE AS TÉCNICAS HERMENÊUTICAS ADMISSÍVEIS PARA A SUA INTERPRETAÇÃO. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL, VEDADO O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR. 1- Ação ajuizada em 09/11/2017. Recurso especial interposto em 23/11/2020 e atribuído à Relatora em 19/05/2021. 2- O propósito recursal, para além da negativa de prestação jurisdicional, é definir se é juridicamente possível o pedido de exclusão do herdeiro em virtude da prática de ato infracional análogo ao homicídio, doloso e consumado, contra os pais, à luz da regra do art. 1.814, I, do CC/2002. 3- Não há que se falar em omissão relevante no acórdão recorrido que está suficientemente fundamentado e que enfrentou adequadamente a questão devolvida no agravo de instrumento interposto pela parte, firmando a sua convicção no sentido de que é juridicamente possível o pedido de exclusão da sucessão do herdeiro que

ceifou a vida dos pais, mesmo na hipótese em que se trata de ato cometido por adolescente. 4- O enquadramento da possibilidade jurídica do pedido, na vigência do CPC/73, na categoria das condições da ação, sempre foi objeto de severas críticas da doutrina, que reconhecera o fenômeno como uma questão de mérito, tendo sido esse o entendimento adotado pelo CPC/15, conforme se depreende de sua exposição de motivos e dos dispositivos legais que atualmente versam sobre os requisitos de admissibilidade da ação. Precedentes. 5- O fato de a possibilidade jurídica do pedido ter sido realocada como questão de mérito, conquanto provoque reflexos significativos na forma como o processo será resolvido, com mérito e aptidão para formar coisa julgada material, não acarreta modificação substancial em seu conceito e conteúdo, que continua sendo a ausência de vedação, pelo ordenamento jurídico, à pretensão deduzida pelo autor, sob pena de, após o CPC/15, conduzir à improcedência liminar do pedido. 6- Na hipótese, a questão relativa à possibilidade de exclusão do herdeiro que atenta contra a vida dos pais é objeto de severas controvérsias doutrinárias, seja sob a perspectiva da taxatividade, ou não, do rol do art. 1.814 do CC/2002, seja sob o enfoque dos métodos admissíveis e apropriados para a interpretação das hipóteses listadas no rol, razão pela qual as múltiplas possibilidades hermenêuticas do referido dispositivo induzem à inviabilidade do julgamento de improcedência liminar do pedido. 7- Recurso especial conhecido e não-provido.

(STF – Resp: 1938984 PR 2021/0151974-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data Julgamento: 15/02/2022, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2022)

In casu, inicialmente, Luan de Oliveira de Souza, réu da presente ação, ceifou a vida do pai e da mãe quando tinha 17 anos e 6 meses, e

em razão da prática do ato infracional análogo ao crime de homicídio, os dois irmãos, Osmar de Oliveira de Souza e Romário de Oliveira de Souza, ajuizaram ação de reconhecimento de indignidade com o pedido de exclusão de herdeiro.

Em decisão interlocutória da citada ação, o juízo a quo afastou a ocorrência da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, sob fundamento do princípio da independência da responsabilidade civil em relação à penal, já tratado anteriormente, acatando, assim, o pedido, alicerçado no artigo 1.814, inciso I, do CC/02 (BRASIL, 2002)

Em sede de recurso, o réu alegou que o rol do artigo retro transcrito possui interpretação taxativa e, ao preceituar a hipótese de homicídio doloso, não se pode estender à ato infracional análogo ao homicídio doloso. Sendo que no acórdão, foi negado provimento ao agravo de instrumento do recorrente.

No âmbito do REsp nº 1.938.984, que tem por escopo recursar analisar a negativa da prestação jurisdicional e definir a possibilidade da exclusão do herdeiro em virtude da prática de ato infracional análogo ao homicídio, doloso e consumado, contra os pais, a Ministra Relatora Nancy Andrighi, reconheceu o não cabimento da improcedência liminar do pedido de exclusão do herdeiro menor que ceifou a vida dos pais ao fundamento de sua impossibilidade jurídica.

A Min. Nancy deixou explícito que o descabimento retro mencionado fica evidente quando examina a questão controversa no REsp nº 1.943.848, que tem o fito de definir se o ato infracional praticado contra os pais se enquadra na regra do artigo 1.814, inciso I do Código Civil (BRASIL, 2002), situação em que será excluído da sucessão, nos termos da ementa a seguir:

CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE INDIGNIDADE COM PEDIDO DE EXCLUSÃO DE HERDEIRO. ROL DO ART. 1.814 DO CC/2002. TAXATIVIDADE. CRIAÇÃO DE HIPÓTESES NÃO PREVISTAS NO DISPOSITIVO

LEGAL POR ANALOGIA OU INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. OBRIGATORIEDADE DE INTERPRETAÇÃO LITERAL EM ROL TAXATIVO. INEXISTÊNCIA. COMPATIBILIDADE DO ROL TAXATIVO COM OS DEMAIS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO. DIFERENCIAÇÃO ENTRE TEXTO DE LEI E NORMA, QUE É O PRODUTO DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA POR MEIO DO QUAL SE CONFERE SIGNIFICADO AO TEXTO. INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 1.814, I, DO CC/2002. HOMICÍDIO E ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO HOMICÍDIO. SENTIDO TÉCNICO E JURÍDICO NA ESFERA PENAL. REPERCUSSÃO NÃO OBRIGATÓRIA NO ÂMBITO CIVIL. CLÁUSULA GERAL. MATRIZ ÉTICA, MORAL E JURÍDICA. NÚCLEO ESSENCIAL. ATO DOLOSO, CONSUMADO OU TENTADO, INDEPENDENTE DE MOTIVAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA-FINALÍSTICA DA REGRA QUE VISA PREVENIR E REPRIMIR O ATO DO HERDEIRO QUE ATENTA CONTRA A VIDA DOS PAIS. DIFERENÇA TÉCNICO-JURÍDICA ENTRE HOMICÍDIO DOLOSO E ATO ANÁLOGO AO HOMICÍDIO DOLOSO. IRRELEVÂNCIA PARA FINS CIVIS. EXCLUSÃO DO HERDEIRO MENOR POR ATO ANÁLOGO AO HOMICÍDIO PRATICADO CONTRA SEUS PAIS. POSSIBILIDADE. RESTRIÇÃO QUE OFENDERIA OS VALORES E FINALIDADES DA NORMA E ESVAZIARIAM SEU CONTEÚDO.

- 1- Ação ajuizada em 09/11/2017. Recurso especial interposto em 25/03/2021 e atribuído à Relatora em 24/06/2021.
- 2- O propósito recursal é definir se o ato infracional análogo ao homicídio, doloso e consumado, praticado contra os pais, está abrangido pela regra do art. 1.814, I, do CC/2002, segundo a qual será excluído da sucessão o herdeiro que seja autor, coautor ou participe de homicídio doloso, consumado ou tentado, contra os ascendentes de cuja sucessão se trata.
- 3- Na esteira da majoritária doutrina, o rol do art. 1.814 do CC/2002, que prevê as hipóteses

autorizadoras de exclusão de herdeiros ou legatários da sucessão, é taxativo, razão pela qual se conclui não ser admissível a criação de hipóteses não previstas no dispositivo legal por intermédio da analogia ou da interpretação extensiva.

4- O fato de o rol do art. 1.814 do CC/2002 ser taxativo não induz à necessidade de interpretação literal de seu conteúdo e alcance, uma vez que a taxatividade do rol é compatível com as interpretações lógica, histórico-evolutiva, sistemática, teleológica e sociológica das hipóteses taxativamente listadas.

5- A diferenciação entre o texto de lei, enquanto proposição física, textual e escrita de um dispositivo emanado do Poder Legislativo, e a norma jurídica, enquanto produto da indispensável atividade interpretativa por meio da qual se atribui significado ao texto, conduz à conclusão de que a interpretação literal é uma das formas, mas não a única forma, de obtenção da norma jurídica que se encontra descrita no art. 1.814, I, do CC/2002.

6- A regra do art. 1.814, I, do CC/2002, se interpretada literalmente, prima facie, de forma irreflexiva, não contextual e adstrita ao aspecto semântico ou sintático da língua, induziria ao resultado de que o uso da palavra homicídio possuiria um sentido único, técnico e importado diretamente da legislação penal para a civil, razão pela qual o ato infracional análogo ao homicídio praticado pelo filho contra os pais não poderia acarretar a exclusão da sucessão, pois, tecnicamente, homicídio não houve.

7- A exclusão do herdeiro que atenta contra a vida dos pais, cláusula geral com raiz ética, moral e jurídica existente desde o direito romano, está presente na maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos e, no Brasil, possui, como núcleo essencial, a exigência de que a conduta ilícita do herdeiro seja dolosa, ainda que meramente tentada, sendo irrelevante investigar se a motivação foi ou não o recolhimento da herança.

8- A finalidade da regra que exclui da sucessão

o herdeiro que atenta contra a vida dos pais é, a um só tempo, prevenir a ocorrência do ato ilícito, tutelando bem jurídico mais valioso do ordenamento jurídico, e reprimir o ato ilícito porventura praticado, estabelecendo sanção civil consubstanciada na perda do quinhão por quem praticá-lo.

9- Se o enunciado normativo do art. 1.814, I, do CC/2002, na perspectiva teleológica-finalística, é de que não terá direito à herança quem atentar, propositalmente, contra a vida de seus pais, ainda que a conduta não se consume, independentemente do motivo, a diferença técnico-jurídica entre o homicídio doloso e o ato análogo ao homicídio doloso, conquanto relevante para o âmbito penal diante das substanciais diferenças nas consequências e nas repercussões jurídicas do ato ilícito, não se reveste da mesma relevância no âmbito civil, sob pena de ofensa aos valores e às finalidades que nortearam a criação da norma e de completo esvaziamento de seu conteúdo.

10- Hipótese em que é incontroverso o fato de que o recorrente, que à época dos fatos possuía 17 anos e 06 meses, ceifou propositalmente a vida de seu pai e de sua mãe, motivo pelo qual é correta a interpretação segundo a qual a regra do art. 1.814, I, do CC/2002, contempla também o ato análogo ao homicídio, devendo ser mantida a exclusão do recorrente da sucessão de seus pais.

11- Recurso especial conhecido e não-provido, com majoração de honorários.

(STF – Resp: 1943848 PR 2021/0179087-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data Julgamento: 15/02/2022, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2022).

Face ao já tratado, nota-se que há uma tendência majoritária da doutrina ao classificar o rol do artigo 1.814 do CC/02 (BRASIL, 2002) como *numerus clausus*. Destarte, geralmente, não se pode criar hipóteses não previstas no rol através de analogia ou de interpretação

extensiva. Apesar disso, a Min. Nancy Andrichi expõe que se pode haver a interpretação literal, adotando o método hermenêutico teleológico-finalístico.

Neste ínterim, entende-se que o uso da palavra homicídio doloso deve ser interpretado à luz do Direito Penal, de maneira que o ato infracional análogo ao homicídio praticado pelo filho contra os pais não configura o crime de homicídio propriamente dito, conseqüentemente, não acarreta a exclusão da sucessão.

Todavia, face ao Princípio da Separação dos Poderes, o Poder Judiciário tem por função típica a aplicação da lei ao caso controvertido, de forma a aplicar a regra prevista na legislação de forma abstrata e aplicá-la ao caso concreto, devendo, assim, observar, além da literalidade da lei, os valores a serem tutelados. Assim sendo, é notório que o ato do herdeiro atentar contra a vida dos pais se funda em razões de ordem éticas e morais.

Posto isto, menciona-se que no âmbito penal, homicídio doloso e ato infracional análogo ao homicídio doloso possuem diferenças no que tange às conseqüências e repercussões jurídicas, entretanto, na esfera civil, não deixa de ser homicídio doloso praticado pelo filho em desfavor dos pais, uma vez que os valores éticos e morais, ora tutelados, foram atingidos.

Deste modo, entende-se que no âmbito cível há a produção dos mesmos efeitos, independentemente de se tratar de ato cometido por pessoa capaz ou por relativamente incapaz, tendo em vista que, ao editar a lei, o legislador pretendeu penalizar quem atentasse contra a vida dos pais, de maneira a excluí-lo da sucessão.

Portanto, a Min. Nancy entendeu que Luan de Oliveira de Souza, a época do homicídio que ceifou, dolosamente, a vida de seu pai e sua mãe possuía 17 anos e 6 meses, deverá ser excluído da sucessão dos pais.

Destaca-se, por fim, que em data de 19 de março de 2022, na cidade de Patos, interior da Paraíba, um adolescente de 13 anos foi apreendido após ser acusado de matar a mãe e o irmão de 7 anos e

ter tentado matar o pai, após ter sido proibido de utilizar o telefone celular.

Destarte, assente ao atual entendimento jurisprudencial, diante da prática de ato infracional análogo a homicídio doloso, o adolescente será excluído da sucessão, ante ao reconhecimento da indignidade, com assento no artigo 1.814, inciso I do Código Civil (BRASIL, 2002).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, viu-se que a indignidade é uma sanção cível que acarreta a perda do direito sucessório do herdeiro que tenha efetuado ato lesivo contra a vida do autor da herança, ou à sua honra ou liberdade de testar.

Todas as possibilidades de indignidade constam no Código Civil de 2002, de maneira que, para a propositura de Ação Declaratória de Indignidade, não cabe criar situações adversas, senão aquelas previstas em lei.

Neste íterim, um dos principais objetivos do presente estudo, consistiu em uma análise minuciosa do artigo 1814, I, do Código Civil (BRASIL, 2002), já que a jurisprudência explanada neste tratado é correspondente a tal hipótese. O aludido dispositivo legal estabelece que a prática do crime de homicídio ou mesmo a tentativa contra o autor da herança ou de seu cônjuge ou companheiro, descendente ou ascendente traz como consequência a exclusão da sucessão.

À vista disso, outro ponto essencial que fora debatido é o recurso especial nº 1.938.984 – PR, o qual versa sobre o caso de relativamente incapaz que ceifou a vida dos pais e, mesmo menor, foi enquadrado no instituto da indignidade. Apontamento, este, que também deverá ser aplicado a um recente evento em que um adolescente matou a mãe e o irmão (e tentou contra a vida do pai) em virtude de, segundo ele, sofrer pressão para tirar boas notas e ter seu celular apreendido por seu pai.

Percebe-se, portanto, a pertinência e a imprescindibilidade do tema em voga, haja vista que em matéria de direito sucessório, não se deve usar de tais medidas como penalidade sem devida justificativa.

REFERÊNCIAS

ADOLESCENTE MATA A MÃE E O IRMÃO APÓS TER O CELULAR CONFISCADO. Correio Braziliense, 21/03/2022. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/brasil/2022/03/4994788-adolescente-mata-a-mae-e-o-irmao-apos-ter-o-celular-confiscado.html>. Acesso em: 25 de março de 2022.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil.** 35. ed. atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. V.6.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 867**, de 04 de abril de 2011. Altera Capítulo V do Título I e o Capítulo X do Título III, ambos do Livro V da Lei nº 10.406, que institui o Código Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/496851>. Acesso em: 12 de março de 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil de 1916.** Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil de 1916.** Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. Constituição de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1938984 / PR. Relator: Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 de fevereiro de 2022. Disponível: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=138724132&num_registro=202101519743&

data=20220218&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 12 de março de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1943848/ PR. Relator: Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 de fevereiro de 2022. Disponível: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101790877&dt_publicacao=18/02/2022. Acesso em: 12 de março de 2022.

CICU, Antonio. *Successioni per causa di morte*. Milão: Giuffrè, 1954. V.I.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 14ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

A ALIENAÇÃO PARENTAL NA CONJUNTURA JURÍDICA BRASILEIRA E NO CONTEXTO PANDÊMICO

Isabella Mussolini Souza¹

Danielle Caroline Campelo Silva²

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro³

INTRODUÇÃO

A alienação parental é amplamente discutida na contemporaneidade, essencialmente, por estar intrinsecamente entrelaçada com as relações familiares. É flagrante que no atual contexto pandêmico tal instituto também se faça presente.

Nota-se que com o cumprimento do isolamento social como medida emergencial, alavancou uma discussão acerca da amplitude legal que deve ser respeitada para que permaneçam intactos os direitos fundamentais das crianças ou adolescentes ao convívio com ambos os genitores, evitando-se assim, a alienação parental.

Houve divergências nos Tribunais quanto a regulamentação de visitas presenciais. De um lado: o posicionamento de que as orientações sanitárias referentes ao isolamento social devem abarcar o convívio parental. De outro: aqueles que afirmam veemente que

1 Acadêmica do curso de Direito no Centro Universitário – Faminas. E-mail: isabellasouza85@hotmail.com

2 Advogada e professora do Curso de Direito 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.

³Advogada e professora do Curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas – Muriaé, Mestre em Direito pela UCP, Especialista em Direito Administrativo e Direito Processual Contemporâneo pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Email: thaysaaquino@hotmail.com

ambos os genitores têm o dever de proteção independentemente do cenário emergencial.

Diante disso, objetiva-se, neste trabalho, a análise conceitual da alienação parental, bem como dos dispositivos previstos em lei.

1. ANÁLISE CONCEITUAL DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Contextualizando, na Grécia Antiga, imperava a mitologia de Medéia. De acordo com a lenda, Medéia apaixonou-se por Jasão e com ele obteve dois filhos. No decorrer de suas aventuras, o jovem apaixonou-se pela princesa Gláucia. Ao ser abandonada pelo marido, Medéia, inconformada e paralisada de dor, decide envenenar Gláucia e assassinar os próprios filhos (MARSDEN, 2010).

Apesar do mito ser alegórico, é perspicaz que coaduna com o estudo em voga. Eis que a vingança arquitetada por Medeia perante uma relação amorosa frustrada é correlata as atuais situações, nas quais o ex-cônjuge utiliza os filhos como instrumento de retaliação. Diante dessa comparação, pode-se inferir, perigosamente, que este mito é o começo para a discussão sobre o conceito de alienação parental, já que, claramente, se origina nesse interim como sinal de vingança.

É nesta singela abordagem da história clássica, que se adentra ao conceito de alienação parental. A expressão Síndrome da Alienação Parental (SAP) foi dada, inicialmente, na década de 1980, nos Estados Unidos, precisamente, por Richard Gardner, Professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Colúmbia, em Nova York, o qual é considerado o maior estudioso acerca da alienação parental:

“A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma

justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a 'lavagem cerebral, programação, doutrinação') e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.”(GAGLIANO; PAMPLONA, 2020, p.2038).

O referido professor salientou que os sintomas da alienação parental são facilmente descobertos através de oito indícios, dentre eles: Campanha de difamação e ódio contra o pai-alvo; Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para justificar esta depreciação e ódio; Falta da ambivalência usual sobre o pai-alvo; Afirmações fortes de que a decisão de rejeitar o pai é só dela (fenômeno “pensador independente”); Apoio ao pai favorecido no conflito; Falta de culpa quanto ao tratamento dado ao genitor alienado; Uso de situações e frases emprestadas do pai alienante; e difamação não apenas do pai, mas direcionada também para à família e aos amigos do mesmo (SANTOS, 2020). Tais sinais aludidos pelo professor remetem, aparentemente, às formas exemplificativas de alienação parental dispostas nos setes incisos do parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.318/2010 (BRASIL, 2010).

Muito embora as situações de alienação parental existam na cultura brasileira há muitas décadas, tendo em vista que desde a década de 60, no Brasil, há registros de processos que envolvem genitores que tentam afastar a outra parte da relação de forma injustificada da vida dos filhos, existindo inúmeros julgados nesse sentido. Até recentemente ninguém atribuía nome a tais atos, bem como não obtinham uma punição legal, sendo que os casos que chegavam à justiça eram julgados com base em leis esparsas (VILELA, 2020).

Ante o exposto, pode-se denotar, simplificadamente, que o conceito de alienação parental consiste na prática de uma interferência psicológica indevida, que assola crianças ou adolescentes, a qual é

realizada por um dos genitores. Assim, um genitor tenta prejudicar a imagem de outro genitor de modo a afastar, causar repúdio e dificultar o convívio entre a criança/adolescente com seu outro genitor.

2. DIREITO E A PROTEÇÃO AOS FILHOS NA RELAÇÃO FAMILIAR

Notadamente, o conceito de família permutou ao longo do tempo de acordo com os costumes e transformações dentro da sociedade. É perceptível que, para que ocasionasse essas modificações, foi preciso um conjunto de fatores – transgressão de direitos, pensamentos e atitudes, que colaboraram para que emergisse um novo conceito familiar, no qual foi abandonado o modelo familiar patriarcal e concebeu-se novos tipos de família. Dentre essas mudanças, pode-se inferir que o divórcio desponta, neste contexto, como a mais significativa e impactante para o panorama da alienação parental.

Com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 que facilitou o trâmite do divórcio no Brasil, o número de divórcios aumentou e, com isso, os problemas da dissolução conjugal também aumentaram, causando reflexos na vida dos filhos. Para os envolvidos, não é fácil separar o fim da relação conjugal da relação com os filhos, e, assim, inicia-se uma beligerância entre o ex-casal que disputa o amor e a guarda dos filhos. Salienta-se que, tudo o acima dito, abrange a dissolução da união estável.

Quanto a isso, o Código Civil determina, em seu artigo 1.632 que: “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos” (BRASIL, 2002). Portanto, é direito à convivência familiar conjuntamente com um dever dos pais de obterem seus filhos sob sua companhia.

Sendo assim, o poder familiar é uma decorrência do vínculo de filiação, o qual se baseia no poder exercido pelos pais em relação aos filhos. Para ratificar esta última afirmação, o Código Civil, mais uma vez, contribui dispondo em seu artigo 1.630: “Os filhos estão sujeitos

ao poder familiar, enquanto menores” (BRASIL,2002). Além desse comando legal, o artigo 1.631 traz em seu escopo que:

Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. (BRASIL, 2002).

Acrescenta-se, ainda, os artigos 1.633 e 1.634 (BRASIL,2002) que enunciam, respectivamente nesta ordem, quando o filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe, contudo, se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, o poder familiar será exercido por um tutor; e sobre a competência de ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, o qual se elenca - em seus nove incisos - as atribuições desse exercício.

Aponta-se que estes artigos buscam respeitar os princípios que regem o direito de família, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, proteção integral da criança e do adolescente e da solidariedade.

Diante o apresentado, não são somente a Lei nº 12.318/ 2010 (BRASIL,2010) e o Código Civil (BRASIL,2002) mas também o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL,1990) em seus artigos 4, 18, 19, 21 dentre outros, em comunhão com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), esta última apregoando em seu artigo 227, primam por esta preservação da criança e do adolescente em relação à convivência familiar.

Nesse sentido, havendo excessos no exercício do poder familiar, é essencial analisar a situação, vez que poderá configurar em suspensão ou destituição do poder familiar, o qual é previsto no Código Civil dos artigos 1.635 a 1.638 (BRASIL, 2002) cabendo, ainda, responsabilidade civil (arts. 187 e 927 do CC).

Todos os apontamentos consignados anteriormente servem para chegar à conclusão de que para falar sobre a alienação parental é essencial, em primeiro lugar, realizar uma abordagem geral, principalmente, no que tange ao poder familiar e à convivência familiar, tendo em vista que a alienação parental fere o direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, ora dito como algo intrínseco do poder familiar e imprescindível para o desenvolvimento daqueles. Tal alegação pode ser vista através do artigo 3º da Lei 12.218/2010, que prevê:

A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010).

Assim, enveredando-se pela alienação parental, tem-se que esta interfere no crescimento emocional e psicológico da criança ou adolescente com o objetivo que o mesmo tome pavor do outro genitor de tal modo a abalar os vínculos familiares e afetivos deste com o alienado, bem como prejudica que os direitos inerentes a aqueles sejam efetivamente cumpridos.

3. ANÁLISE DA ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS DESDOBRAMENTOS LEGAIS

Pode-se observar a manifestação da alienação parental no âmbito familiar em diversas situações, sendo vital que seja examinado a especificidade de cada caso.

Contudo, comumente existem situações que deflagram, explicitamente, os sintomas da alienação parental na criança ou no

adolescente, tal como a postura assumida pelo filho de obedecer cegamente ao que é mandado pelo genitor alienante por temê-lo e como forma de evitar castigos e punições por parte deste (DINIZ, 2019).

Ainda há a possibilidade de a criança criar dependência e submissão de lealdade, movidas novamente por medo, principalmente o de não possuir mais o afeto dos pais (DINIZ, 2019). Tudo isso, por conseguinte, resulta em prejuízo ao desenvolvimento social, psicológico, mental e comportamental da criança ou do adolescente.

Veja-se, pois, que a alienação parental interfere na formação do caráter da criança, posto que é pressionada a escolher entre os genitores, o que dificulta a convivência real entre o filho e os pais (DINIZ, 2019).

Conjuntamente com o exposto, tem-setambém que a criança ou adolescente tende a apresentar transtornos psicológicos e distúrbios durante a vida, principalmente sendo apresentados na forma de depressão, ansiedade e pânico, bem como a utilização de narcóticos e álcool como meios de aliviar os sentimentos negativos provocados pela alienação parental (SILVA; SANTOS, 2013). Logo, infere-se que a alienação parental desencadeia um “efeito dominó” na criança ou adolescente, que se sente fadada a determinadas situações de pressão que o genitor impõe, capaz de repercutir em todas as etapas da vida.

Assim, originam-se crianças ou adolescentes que, por meio de um histórico familiar controverso e repleto de intrigas e decepções, estocam para si todos os sentimentos que se tornam um poderoso inibidor da verdadeira personalidade que porta aquela criança ou adolescente.

Uma vez exposto sinal de alienação parental, preconiza o artigo 4º da Lei 12.318/2010 (BRASIL, 2010) que deve ser garantida a convivência da criança ou adolescente com o genitor e ser viabilizado até mesmo uma efetiva e recíproca reaproximação, se for o caso.

Para complementar, o parágrafo único do retromencionado artigo 4º (BRASIL, 2010), ainda contribui dispondo que se deve assegurar à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de

visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Neste quesito, o caput do artigo 5º da Lei 12.318/2010 (BRASIL, 2010) ainda aduz que em havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

Juntamente, os três parágrafos disposto neste artigo 5º (BRASIL, 2010) agregam, ainda, as atribuições designadas aos peritos, podendo ser profissional ou equipe multidisciplinar, para diagnosticar e verificar a ocorrência da alienação parental, bem como determina o prazo de 90 dias para apresentação do laudo que deverá conter ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

Ademais, a Lei 12.318/2010, em seu artigo 6º (BRASIL, 2010), especifica que estando caracterizada a alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, poderá o juiz, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso dispor de seus setes incisos, os quais traz quais serão as atitudes a serem demandadas.

Além disso, o parágrafo único do artigo 6º (BRASIL, 2010), ainda consagra outra alternativa que o juiz poderá adotar: uma vez caracterizada a mudança abusiva de endereço, a inviabilização ou a obstrução à convivência familiar, poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Posteriormente, tem-se o artigo 7º da Lei 12.318/2010 (BRASIL, 2010) que diz respeito à atribuição ou alteração da guarda, que neste caso, deve-se dar preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Perante o exposto, observa-se que a solução passa a ser a guarda unilateral, quebrando-se a regra da guarda compartilhada constante dos artigos. 1.583 e 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002). Quanto a isso, importa trazer o posicionamento do ilustre autor Flávio Tartuce que, claramente, alude sobre o assunto nas seguintes palavras:

Como se pode notar, as medidas são bem mais amplas do que vinha entendendo a jurisprudência anterior, o que representa notável avanço. Não há previsão da destituição total do poder familiar, mas apenas de sua suspensão. Apesar dos avanços da nova lei, entendo, com base na minha experiência de atendimentos de casos concretos, que a imputação da alienação parental tornou as disputas judiciais sobre a guarda de filhos um ambiente ainda mais explosivo, diante de uma generalização de sua imputação. Talvez por isso a lei precise de alguns reparos para evitar esse verdadeiro duelo, em que aquele que primeiro saca o argumento acaba, muitas vezes, vencendo a disputa. Ressalto, porém, que não sou favorável à sua revogação, como tem sido proposto em alguns meios, jurídicos e não jurídicos. (TARTUCE, 2021,p.2376).

Veja-se, pois, que é extremamente relevante o seu ponto de vista, tendo em vista que traz consideráveis apontamentos sobre como a imputação da alienação parental reflete nas disputas pela guarda dos filhos e, nisto, traz uma ligação com o que fora mencionado pelo artigo 7º da Lei 12.318/2010 (BRASIL, 2010) que traz justamente uma solução quanto a atribuição ou alteração da guarda nestes casos.

Para finalizar o estudo dos artigos da Lei 12.318/2010 (BRASIL, 2010), tem-se o artigo 8º, que enuncia processualmente que a alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

4. ALIENAÇÃO PARENTAL FRENTE À PANDEMIA

O panorama excepcional e emergencial perante o novo Coronavírus (COVID-19 ou SARS-COV-2), instaurou na população mundial novas alternativas de vivenciar o cotidiano. Esse reflexo, inesperado e inédito, não repercutiu tão somente no âmbito social, mas também acometeu o núcleo familiar e, por conseguinte, a alçada jurídica, tendo em vista que toda e qualquer diretriz que vincula o seio familiar deve ser tutelada pelo Estado e resguardada pelo Direito.

Com a perceptível instabilidade na contenção do descontrolado aumento de contaminações e ampla taxa de letalidade, em virtude do alto risco de contágio e do descompasso para imunização da sociedade, as autoridades sanitárias recomendaram, arduamente, como uma das formas preventivas de inibir a propagação do vírus, o isolamento social. Se por um lado, foi uma medida satisfatória para minimizar a circulação do Coronavírus, por outro corroborou por distanciar ainda mais aqueles, que por si só já estavam distantes.

Com cenário pandêmico emergiram discussões no que tange a adequação das medidas de distanciamento e isolamento social no Direito de Família, em especial, a adaptação e uma solução plausível para que crianças e adolescentes permaneçam obtendo a convivência parental. Nesse aspecto, com o fito de proteção às crianças e adolescentes, o CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes) publicou no dia 25 de março de 2020, dezoito orientações para tratamento das crianças e adolescentes (BELLO; LAINO, 2021).

Entre elas, estão: a substituição da convivência presencial entre o filho e o genitor, pelo meio telefônico ou online e a permanência da criança ou adolescente por igual e maior duração na casa dos genitores, objetivando minimizar e evitar o trânsito desnecessário.

Com efeito, obtém-se ressalvas e divergências: o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM,2020) enviou ofício ao CONANDA ponderando que dentre essas orientações poderiam acarretar a prática de alienação parental. Sob o argumento de que, essencialmente, a indicação que trata que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência – previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente, poderia arriscar o convívio com ambos os genitores.

Quanto a isso, defende-se, categoricamente, que a redação do artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) é cristalina ao dispor que a participação entre os genitores no cuidado para com os filhos é mútuo, sendo inclusive, um elemento indispensável para o pleno desenvolvimento daqueles.

Tanto é que o IBDFAM no documento enviado ao CONANDA contestou que “a negativa ao exercício da convivência parental presencial é um ato extremo e o magistrado deve optar por este caminho somente em casos onde for comprovada a existência de risco para a criança ou adolescente ou para a sociedade” (IBDFAM, 2020).

Em resumo, as ações cautelares impostas para impossibilitar a proliferação voraz do vírus, ensejaram alterações nas relações familiares, principalmente no que concerne a casais separados e que mantém guarda compartilhada dos filhos.

A preocupação, proteção e o cuidado com filhos tornaram-se mais intensos justamente, pela prevenção higiênica necessária para que as crianças e os adolescentes não restassem contaminados e, posteriormente, todos a sua volta. Contudo, o impedimento da parte de qualquer um dos genitores de manter contato com seu filho, pode testemunhar sinal de que esteja ocorrendo alienação parental, pois

muitos pais e responsáveis, atestam que o contato na pandemia, expõe a criança ou adolescente ao vírus, podendo contaminá-lo e também se contaminar e, neste caso, suprime a visita do filho ao outro genitor (BELLO; LAINO, 2021). Desse modo, sobrepondo os caprichos individuais, em detrimento dos direitos fundamentais dos filhos.

Ainda neste quesito, deve-se inclinar este tema para os entedimentos dos Tribunais Brasileiros. De antemão, os Tribunais julgavam pela permanência da criança ou do adolescente com apenas um dos genitores com a finalidade de obstar o deslocamento e a exposição ao contágio. Todavia, posteriormente, houve uma mudança no posicionamento, o qual se passa a analisar criteriosamente cada caso concreto, conforme suas especificidades, de modo a não enquadrar todos as situações como se dissesse respeito a mesma. Neste aspecto, é possível visualizar a modificação no entendimento nos termos das ementas que se segue:

GUARDA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DAS VISITAS PRESENCIAIS PATERNAS. RECURSO DESPROVIDO, PREJUDICADOS OS ACLARATÓRIOS.Guarda. Insurgência contra decisão que, entre outras determinações, ineferiou pedido de restabelecimento das visitas presenciais paternas. Efeito ativo indeferido. A pandemia de Covid-19 não está controlada, com a manutenção do isolamento social imposto pelo Estado. Manutenção das visitas por meio virtual. Decisão mantida, por fundamento diverso.Recurso desprovido, prejudicados os embargos aclaratórios. (TJSP; Embargos de Declaração Cível 2181523-13.2020.8.26.0000; Relator(a): J.B.Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central de São Paulo – 1º. Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 22/09/2020; Data de Registro:22/09/2020)

Nesta primeira ementa, claramente, observa-se que o entendimento predominante foi a manutenção das visitas por meio virtual, tendo em vista que a pandemia do Covid -19 não estava controlada. Sendo que, inclusive, o Estado ainda mantinha o isolamento social imposto a todos, com redução de horário de funcionamento de repartições públicas e estabelecimentos comerciais, a fim de evitar aglomerações. Nem ao menos as aulas possuíam data de retorno presencial. Sob tais alegações, o restabelecimento das visitas presenciais não foi provido.

Em contrapartida, por unanimidade, o Tribunal do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2010), de acordo, com a ementa a seguir, entendeu que mesmo perante o cenário pandêmico, deveriam ser autorizadas as visitas presenciais, competindo aos genitores adotar todas as cautelas e medidas sanitárias recomendadas pelas autoridades do setor de saúde, de maneira a impedir que se exponha a criança ao convívio de outras pessoas. Para ratificar a decisão, embasou-se nas lições da autora Maria Berenice Dias (2013) que, sabiamente, dispõe que o direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direto do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno materno-filial. É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito. É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação das visitas. O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diurna na relação parental.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PANDEMIA DE COVID-19. RESTABELECIMENTO DAS VISITAS PRESENCIAIS. Apesar do risco de contágio decorrente da pandemia de Covid-19, não há razão para limitar, de modo absoluto, a convivência paterna de forma presencial, na linha da orientação deste Colegiado sobre o tema, até mesmo porque não se sabe quando a atual situação pandêmica será superada. Nesse

contexto, é cabível restabelecer as visitas presenciais nos exatos moldes definidos anteriormente no processo originário, competindo aos genitores ter a cautela de adotar todas as medidas sanitárias recomendadas pelas autoridades da área de saúde, e evitando expor a criança ao convívio de outras pessoas. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.(Agravado de Instrumento, Nº 70084366756, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data do Julgamento: 09/10/2020; Data de Registro: 13/10/2020)

Ainda para firmar em relação a regulamentação de visitas, é imperioso frisar que para Conrado Paulino da Rosa e Dimas Messias de Carvalho (2012) não se confunde direito de visitas com convivência familiar. Visitar é ver alguém periodicamente, ir até a casa ou outro local por dever, cortesia ou solidariedade. Conviver é tratar diariamente, coexistir, criar, cultivar e manter vínculos afetivos, essenciais para o desenvolvimento sadio das crianças. Nessa vertente, o tratamento jurisprudencial dado anteriormente confirma que era primordial o restabelecimento do convívio paterno filial, tendo em vista que por si só a visita não é o bastante para estreitar os laços parentais, é preciso, pois, reafirmá-los na constância do convívio.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, conforme verifica-se na ementa a seguir, tendo em vista que a justificativa de negar o convívio paterno devido a situação pandêmica não configura ser plausível, já que o pai previne-se corretamente. Assim, não se deve restringir um direito inerente à criança ou adolescente da visitação ao genitor durante a pandemia, de forma que não lhe fique alheio a sua própria garantia constitucional.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PANDEMIA DE COVID-19. AUSÊNCIA DE RISCO CONCRETO PARA

A MENOR. POSSIBILIDADE DE DESLOCAMENTO DA CRIANÇA PARA A RESIDÊNCIA DO GENITOR.

1. A restrição ao direito de convivência parental presencial é um ato extremo, devendo ser adotado somente em casos em que houver comprovadamente risco concreto para a criança/adolescente ou para a sociedade.

2. A pandemia do vírus COVID-19 não serve de justificativa para se negar um direito que é garantido ao pai e a própria criança, sobretudo quando o genitor adota cuidados orientados pelos órgãos de saúde, devendo, nesse período, limitar ao máximo o convívio da menor com outras pessoas, podendo, no entanto, levá-la para sua residência no período de visita.

3. Negou-se provimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento, N° 0714292-79.2020.8.07.0000, Quarta Turma Cível, Tribunal de Justiça do DF, Relator: Sergio Rocha, Data do Julgamento: 24/09/2020).

Outra situação semelhante foi pleiteada no judiciário do Mato Grosso (IBDFAM,2020), o qual o pai requer o restabelecimento do convívio com a filha após uma viagem, em que a mãe da menor levou-a para o interior do estado. Em sua defesa, a mãe, alega que optou por permanecer em uma cidade menor, em virtude desta não ter alastrado o vírus do COVID-19 e devido ao distanciamento social, tal medida temporária foi necessária. No entanto, em contraposição ao arguido pela mãe, a juíza Angela Gimenez, da 1ª Vara de Família e Sucessões de Cuiabá, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, determinou que a genitora retorne com a menina para a capital. Em seu entendimento, a pandemia do coronavírus e os demais argumentos apresentados pela requerida não justificam a transgressão da guarda compartilhada (IBDFAM,2020).

A luz dos fatos expostos, demonstra-se que além de ter ocorrido alteração nos entendimentos de cada Tribunal pátrio, cabe mencionar, que verificada a circunstância que se encontra aquela família é

primordial para determinar se deveria ser mantida ou suspensa a convivência entre pais e filhos.

Mesmo que seja flagrante o quadro emergencial do Covid-19, deve ser consagrado o respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tendo em vista que os mesmos sendo detentores do direito, merecem imperar um pilar forte em seu seio familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alienação parental é amplamente discutida na contemporaneidade, ao passo que se tornou um fenômeno recorrente nos tribunais do país. Com a promulgação da Lei 12.318/2010 instituiu-se não somente um conceito para tal instituto, mas também emergiu-se como um novo guia para o julgador.

Como sintetizado, no panorama pandêmico, a alienação parental tem-se sobressaído de maneira conflituosa, configurando uma dinamicidade nas decisões no que tange, em especial, a regulamentação de visitas presenciais.

Diante das dificuldades postas no contexto real pandêmico, há de se evidenciar a importância e o papel fundamental dos esforços do Estado e do Direito de Família enquanto asseguradores de um seio familiar saudável.

Ante o exposto, o objetivo desta obra foi analisar alienação parental, assim como seus dispositivos pertinentes. É considerável que ao entrarem em conflito assuntos intrínsecos ao rol familiar, excedendo ainda aos direitos das crianças e adolescentes, deve-se ter como pilar o respeito a todos os princípios que regem o direito de família e que são *supra*sumos jurídicos, sendo, justamente por isso, de competência do direito.

REFERÊNCIAS

BELLO, Roberta Alves; LAINO, Marcia. Conflitos Familiares na Pandemia do Covid-19: Breve Análise Sobre Alienação Parental, Consequências E Sanções Previstas Em Lei. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/conflitos-familiares-na-pandemia-do-covid-19-breve-analise-sobre-alienacao-parental-consequencias-e-sancoes-previstas-em-lei/#_ftn7. Acesso em: 06 de março de 2022.

BORBA, Marcela Patrícia Amarante. O direito de convivência do filho de “pais separados” durante a pandemia. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1533/O+direito+de+conviv%C3%Aancia+do+filho+de+%E2%80%9Cpais+separados%E2%80%9D+durante+a+pandemia>. Acesso em: 06 de março de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de março de 2022.

BRASIL. Lei N° 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

BRASIL. Lei n° 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.

BRASIL. Lei N° 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

DINIZ, Ana Clara. **A síndrome da alienação parental no Brasil: a origem, conceito e consequências.** Disponível em: file:///C:/Users/Windows/Downloads/592-Texto%20do%20artigo-1711-1-10-20191029%20(2).pdf. Acesso em: 06 de março de 2022.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Síndrome da Alienação Parental.** In: **Revista Brasileira de Direito de Família.** v. 8, n. 40, fev/mar, 2007, p. 5-16.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil - volume único.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

IBDFAM envia ao Conanda considerações sobre proteção integral à criança e ao adolescente na pandemia; há risco de alienação parental. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7390/>. Acesso em: 05 de março de 2022.

MARSDEN, Vanessa Fabiane Machado Gomes. **O mito de medeia: quando os pais matam seus filhos.** Disponível em: <http://www.polbr.med.br/ano10/art0810.php#:~:text=Medeia%20era%20uma%20mortal%20filha,da%20bruxaria%20e%20das%20encruzilhadas>). Acesso em: 06 de março de 2022.

Pandemia do coronavírus não pode ser usada para rompimento do convívio parental. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7242/Pandemia+do+coronav%C3%ADrus+n%C3%A3o+pode+ser+usada+para+rompimento+do+conv%C3%ADvio+parental>. Acesso em: 06 de março de 2022.

SANTOS, Danielle. **Quais os mecanismos efetivos para a aplicação da Lei de Alienação Parental?** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1538/Quais+os+mecanismos+efetivos+para+a+aplica%C3%A7%C3%A3o+da+Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental?> Acesso em: 06 de março de 2022.

SILVEIRA, Graciele Farias da; BUSNELLO THOMÉ, Liane Maria. **Alienação parental e a convivência na pandemia.** Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/graciele_silveira.pdf. Acesso em: 06 de março de 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** 11. ed. Rio de Janeiro:FORENSE; METODO, 2021.

VILELA, Sandra Regina. **Alienação parental: contextualização e Análise da Lei no Brasil.** Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1430/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental:+contextualiza%C3%A7%C3%A3o+e+an%C3%A1lise+da+Lei+no+Brasil#_ftn10 <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-148/a-alienacao-parental-conforme-a-lei-12-318-2010/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS SEXUAIS E A AUSÊNCIA DE DIGNIDADE HUMANA

João Carlos de Almeida Aragozo¹

Vânia Ágda de Oliveira Carvalho²

Palavras-chaves: Dignidade Humana. Direitos Humanos. Exploração sexual. Tráfico de pessoas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui a finalidade primordial de abordar sobre o tráfico de pessoas, em especial o destinado a fins sexuais, tanto no âmbito interno quanto internacional, enfatizando sua trajetória histórica.

Diante o objetivo geral desta pesquisa, apresentado acima, buscar-se-á também disseminar maiores informações quanto ao fenômeno tráfico de pessoas, haja vista que, em que pese não se tratar de crime recente, ainda é pouco difundido e compreendido entre a sociedade, situação que corrobora para perpetuar sua ocorrência.

Com fito no alcance do escopo da pesquisa, no primeiro tópico será feito uma abordagem, inicialmente concernente ao conceito de tráfico de pessoas, vislumbrando compreender tal fenômeno e suas

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário FAMINAS --- Muriaé. Email: joaoaragozo@hotmail.com

2 Professora universitária - FAMINAS/Muriaé-MG. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte/MG. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (FADIVALE), campus Belo Horizonte/MG. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior, Juiz de Fora/MG e em Gestão de Recursos Humanos pela Faculdade Estácio de Sá, Belo Horizonte/MG. Ingressa o Núcleo Interdisciplinar de Estudos em Agroecologia e Educação Ambiental - NEA, vinculado ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Espírito Santo - IFES, Campus Ibatiba, na Linha de pesquisa Educação Ambiental em espaços formais e não-formais. Professora orientadora do Projeto de Extensão "Roda de Leitura Cidadã", FAMINAS - Muriaé. Gmail: vaniaagdaocarvalho@gmail.com. ORCID: 0000-0002-2114-8253.

possibilidades tipificadoras e, em seguida, sua trajetória histórica, apresentando o modo em que se deu, bem como procede na atualidade.

Adentrando no aspecto finalístico deste artigo, qual seja, o tráfico de pessoas para fins sexuais, ainda no desenrolar do primeiro tópico, será o mesmo pormenorizado, trazendo, com intuito de enriquecer o estudo, dados numéricos que enaltecem o lucro do delito angariado pelos traficantes de pessoas, expondo, também, perfis dos traficantes e das vítimas, haja vista estas, normalmente, se encontrarem em situação de vulnerabilidade social, fator este que contribui para o aliciamento.

Já no segundo tópico, o princípio da dignidade da pessoa humana será o cerne abordado, haja vista a ausência de liberdade sexual, atrelado à de dignidade, em seu âmbito geral e específico com a ocorrência do tráfico de pessoas para fins sexuais.

Visando o alcance do objetivo proposto nesta pesquisa, usou-se do método de pesquisa teórico-jurídico, com raciocínio dedutivo, técnica de pesquisa voltada para a leitura bibliográfica, inicialmente exploratória e, após, seletiva, bem como em legislações vigentes em sítios eletrônicos vinculadas ao tema pesquisado.

1. TRÁFICO HUMANO: CONCEITUAÇÃO E TRAJETÓRIA HISTÓRICA

Antes de se iniciar a abordagem histórica acerca do fenômeno tráfico de pessoas, relevante apresentar a conceituação do mesmo, destacando o trazido pela Convenção de Palermo (2003):

O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.

A título de maior e melhor compreensão sobre a temática, a convenção de Palermo é o principal recurso mundial contra o crime organizado transnacional, tendo sido aprovado em 15 de novembro de 2000, pela Assembleia-geral da Organização das Nações Unidas (ONU), com vigência em 29 de setembro de 2003.

A criação desse instrumento foi de considerável relevância, haja vista ter destinado o foco necessário aos Estados-membros sobre a gravidade de crimes desta modalidade, visando, assim, proporcionar e fortalecer a luta contra o crime organizado transnacional.

Destaca-se que, em relação ao tráfico de pessoas, ênfase desta pesquisa, conforme preceitua o referido protocolo, não se limita somente para finalidades de exploração sexual, mas também, para trabalhos forçados e remoções de órgãos. Diante disso, necessário discorrer, mesmo que brevemente (por não ser o escopo principal deste estudo), sobre as modalidades de tráfico mencionadas.

O tráfico de pessoas voltado para fins de exploração sexual, modalidade que é tratada como tema do presente artigo, ocorre com aliciamento, rapto e exploração sexual das vítimas com o objetivo do lucro, conforme será abordado durante o desenvolvimento deste estudo. Sob outro enfoque, segundo Rainichski (2014), o crime de tráfico de pessoas com finalidades laborais, mediante escravidão ou similar à esta, existe desde o tráfico negreiro e, com o fim deste, novas técnicas exploratórias do ser humano foram desenvolvidas com o fito da vantagem sobre a mão-de-obra laboral.

Concernente ao tráfico para finalidade de comercialização de órgãos, os traficantes agem por meio de sequestro, mediante ameaças e/ou força física para a retirada não autorizada dos órgãos das vítimas para futura comercialização. Em relação à hipótese de comercialização de órgãos, algumas outras questões necessitam ser ponderadas, posto a existência de países que permitem, via legislação, a comercialização de órgãos, como ocorre no Afeganistão. Ademais, o fundamento normalmente se pauta na dificuldade de disponibilidade de órgãos sadios para transplante, associado à vulnerabilidade social da maioria dos indivíduos que se predispõe à comercializar seus órgãos. No Brasil

há discussão quanto à pretensa comercialização dos órgãos, com fulcro na autonomia da vontade; entretanto, ainda encontra entraves, esta tese, devido, entre outras razões, a inviolabilidade do direito à vida e a objetificação do Homem, normalmente, do hipossuficiente. (ÁVILA et al., 2008).

Ainda neste prisma, e que embasa as questões de cunho social atreladas às análises do tráfico de pessoas,

Nesse sentido encontra-se outro argumento, o da injustiça. Ao permitir a compra e venda de órgãos, o sistema iria deixar de incentivar a doação voluntária e altruística, desta forma, para realizar um transplante o paciente necessariamente teria que pagar. No entanto, questiona-se quanto àqueles que não possuem condições de pagar por um órgão, situação econômica de boa parte da população brasileira. Esses indivíduos seriam coagidos e incentivados a venderem seus órgãos, todavia, quando eles precisassem de uma doação, teriam que pagá-la, e de que forma isso seria feito, se estes nem possuem condições de manter o mínimo existencial. (MATTE, 2017, p. 68).

Independente da modalidade de tráfico de pessoas, o que se observa é o viés de dominação e exploração do Homem sobre seu semelhante, retirando do ser humano a sua humanidade, com objetivo no enriquecimento de uns e o empobrecimento e miserabilidade de outros, mesmo que sob o manto de pretensa melhoria de vida dos hipossuficientes ou sob o argumento da viabilidade de órgãos para pessoas que, há muito, se encontram em filas de doação. Nota-se que “[...] problemática que envolve a legalização vai além do déficit de órgãos disponíveis para doação, há de se analisar todos os impactos que isso causaria à sociedade.” (MATTE, 2017, p. 69).

Outro ponto relacionado ao tráfico de pessoas tange na possibilidade de ocorrência tanto dentro do país, que geralmente é para finalidades laborais, como trabalho escravo ou similar à escravidão,

quanto internacionalmente, para trabalhos em especial com fins sexuais e retirada de órgãos. Posto isto, esse crime se baseia em uma nova modalidade de escravidão, quando ponderado sob a perspectiva de exploração do outro, violando todos os direitos humanos, bem como, os inseridos no ordenamento pátrio, previstos na Constituição Federal Brasileira (RAINICHESKI, 2014), perpetrados sob a égido dos direitos fundamentais.

O crime de tráfico no âmbito internacional conjectura principalmente a exploração para fins sexuais, sendo o crime consumado com a saída ou entrada do país, sendo afastado o que é delimitado pelo tráfico interno, que diz sobre o recrutamento, aliciamento, o transporte entre outros, para finalidades sexuais. Por sua vez, no tráfico interno de pessoas, há consumação do crime simplesmente pela entrada e saída de um estado para o outro dentro do mesmo país, possuindo o mesmo objetivo.

Passada a fase de conhecimento prévio acerca da Convenção de Palermo, se não a mais relevante, uma das mais entre as normas protetivas e tutelatórias contra o tráfico de pessoas, bem como sobre os conceitos básicos, tem-se que os primeiros indícios do tráfico de pessoas se deram na Grécia, em que o foco era a obtenção de prisioneiros de guerra para serem utilizados como escravos. Segundo GIORDANI (1984, p. 184), não se visava o lucro com esta prática, mas tão somente a mão-de-obra escrava.

Em relação ao contexto histórico, no século XIV e XVII, surgiu uma nova forma de escravidão dando mais conhecimento sobre o tráfico de pessoas como uma forma de mercadoria, ao qual, vendiam escravos negros para finalidades de trabalhos forçados, sendo denominado de tráfico negreiro.

Na época, a igreja católica apoiava essa prática por achar que esse meio de escravidão servia como forma de catequizá-los e fazer com que os mesmos viessem a se converter ao Cristianismo. Os negros, que no geral eram traficados da África, possuíam outras culturas, principalmente religiosas, adstritos de seus cultos, dado a demonizavam de suas etnias. (COTRIM, 1997)

Com o passar do tempo, mais precisamente no século XIX, o tráfico de pessoas se voltou para as mulheres, escravas negras, dando lugar, mais tarde, também ao tráfico de mulheres brancas, que eram trazidas da Europa para as Américas, com a finalidade de serem exploradas sexualmente.

No fim do século XIX, com o período de migração Europeia, muitas pessoas começaram a migrar, sendo grande parte mulheres, com o intuito de melhores condições de vida, e ludibriadas por traficantes, por promessas de casamentos na América do Sul, viam-se obrigadas à exploração com fins sexuais em bordéus, nas ruas, ocasionando o denominado “tráfico de mulheres brancas”. Assim:

Neste contexto, a mulher, transformada em simples mercadoria, vendida através de fotos estampadas em cartões de visitas, tornou-se um dos produtos que a Europa exportou para os outros continentes à época do imperialismo: um novo tráfico de escravos que desafiava os valores tornados sagrados pela ordem capitalista, explicitando todo um mundo de contradições. (MENEZES, 1996, p. 153-155).

No ano de 1895, em Paris, sucedeu a primeira convenção sobre o tráfico de mulheres, como consequência ao deflagrar do tráfico de mulheres brancas. Com isso, as mulheres europeias começaram a compor o núcleo de proteção contra o tráfico Humano, tendo como consequência, ao longo dos anos, o aprimoramento e ampliação de novos tipos prováveis de perfis das vítimas do crime.

Com o passar do tempo, as legislações, em âmbito nacional, foram evoluindo, acompanhando a demanda social, adaptando-se ao quadro histórico. Nesse viés, interessante mencionar o Código Criminal do ano de 1890 que já dispunha sobre o delito de tráfico de pessoas, especificamente de mulheres, com intuito de prostituição, em seu artigo 278.

Adiante, em 1940 o código penal brasileiro foi instaurado, possuindo, no art. 231 a tipificação do crime do Tráfico de Mulheres. Contudo, sua redação foi modificada pela Lei nº 11.106/05, sendo então intitulado como Tráfico Internacional de Pessoas; ou seja, essa mudança veio para incluir o sexo masculino também como possível vítima, gerando nova redação, vislumbrada no art. 231-A da Codificação Penal Brasileira vigente. Fato este, inclusive, que coaduna com a ratificação do Brasil à Convenção de Palermo (por intermédio do Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004), importantíssimo instrumento normativo de combate ao tráfico de pessoas, conforme já mencionado. (RIBEIRO, 2021).

O principal objetivo do crime de tráfico humano é a exploração de mulheres, homens e crianças em circunstâncias de vulnerabilidade, com objetivo de render grandes lucros às máfias de tráfico humano. São vários os meios ao qual se pode cometer esse crime, como aliciamento, aproximação com a vítima, uso de coerção, entre outros, conforme perpetrado no conceito de tráfico humano inserido na convenção de Palermo trazido anteriormente.

Vulnerabilidade esta proveniente da má qualidade de vida que a vítima se encontra, em especial em países em desenvolvimento, o que facilita a abordagem do criminoso, frente aos recursos persuasivos utilizados. Escassez alimentar, de moradia, de subsistência e a falta de oferta de emprego corroboram para encaixar a vítima na situação de vulnerabilidade, associado aos ideais de vida, como prosperar em algumas carreiras, como modelagem e o alcance da fama. A realidade de exploração e consequente objetificação está intimamente vinculada com a probabilidade de se ver inserida, a vítima, nesta seara vulnerável e de marginalização econômica e social.

Com isto, a vítima é objetificada, perdendo seu viés de humanidade. Rodrigo Leite corrobora com o pensamento:

Nessa modalidade de tráfico, o ser humano é convertido em objeto sexual, comercializado e apropriado para a satisfação da lascívia de outrem,

e com isso, os valores pessoais, as mínimas condições dignas de existência são abruptamente suprimida (LEITE, 2011, s/p).

Dentre os dez países onde se faz mais vítimas referente ao tráfico internacional de pessoas, tem-se o Brasil, crime o qual é retratado como o método mais moderno de escravização. Esse crime perde somente no âmbito financeiro para o tráfico de armas e drogas, sendo grande parte das vítimas destinadas à realização forçada de trabalhos sexuais.

Nota-se, assim, que o tráfico de pessoas se tornou um dos crimes mais lucrativos mundialmente, transportando um número, aproximado, maior que 2,5 milhões de pessoas em todo mundo, e mais de US\$ 32 bilhões anualmente, sendo 80% dessa média originado da exploração sexual das mulheres. (NOVO, 2018). O Brasil é o país em que o crime de tráfico de pessoas mais se destaca financeiramente em todo o mundo, com valores que ultrapassam o tráfico internacional de entorpecentes, gerando, anualmente, 32 bilhões de reais, de acordo com a UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes).

Outrossim, estima-se que o número de tráfico de mulheres anualmente seja de 700.000 (setecentos mil) milhões, levando em consideração também o espantoso número de 1.000.000 (um milhão) de crianças traficadas e vendidas por todo país. Sob o mesmo ponto de vista, “a cada 100 vítimas, 3 contraem o HIV, 24 alguma DST, 26 sofrem agressões físicas, 19 agressões sexuais, 9 ameaças e intimidações e 15 engravidam”. Os países onde esse crime faz mais vítimas são Tailândia, Rússia, Ucrânia, Nigéria, Moldávia, Romênia, Albânia, China, Bielorrússia e Mianmar. Com isso, os destinos mais comuns dessas vítimas são os países industrializados, como Alemanha, Espanha, Estados Unidos, Itália, Holanda, Japão, Grécia, Índia, Tailândia, Bélgica e Turquia (RAINICHESKI, 2012).

Esse crime se perfaz com um baixo custo de investimento para os criminosos, dado que, são gastos aproximadamente o valor de 30 mil dólares para cada vítima, sendo tudo incluso nesse valor o transporte,

documentação falsa, alimentação, roupas, e passagens caso as vítimas sejam destinadas para outros países. Então, para que essas vítimas sejam liberadas dessa exploração sexual, devem gerar um lucro superior à 50 mil dólares com a prostituição, ficando submissas em torno de dois anos para que consigam pagar a dívida e, nesse período, a vítima se torna objeto sexual para satisfação da lasciva de clientes dos traficantes (HIGA, 2016).

Quando as vítimas chegam ao local em que são destinadas para prática de prostituição, são tiradas delas seus documentos, telefones celulares, em caso de tráfico internacional são tirados os passaportes, tudo para evitar que as mesmas escapem ou venham tentar denunciá-los. Muitas as vezes, as vítimas possuem seus documentos falsificados, o que as fazem perder a credibilidade caso consigam prestar queixas contra os traficantes, correndo risco até mesmo de serem presas.

Segundo Wagner de Cerqueira e Francisco (2016), as vítimas chegam ao local de destino já endividadas, vez que são acrescidas ao custo da viagem, roupas compradas para seus usos nos bordéis para o desempenho da prática sexual. Em caso de enfermidade, são negados remédios ou são acrescidos à dívida total, inviabilizando o pagamento por parte das vítimas. Ademais, com intuito de intimidar a vítima, vinculando-a ainda mais à prática delituosa, os criminosos ameaçam as famílias das vítimas, emocional e fisicamente, entre outras formas de coibi-las.

2. A (IN)DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O TRÁFICO DE PESSOAS

Dignidade é, via de regra, uma garantia dada ao ser humano em decorrência de sua característica de humanidade, advinda com seu nascimento. Entretanto, o Princípio da Dignidade, enquanto norma jurídica, foi consubstanciado no texto constitucional de 1988, como basilar de todo ordenamento jurídico nacional, partindo do pressuposto que toda a vida do Homem deve-se pautar da vida digna, com qualidade e com todos os direitos fundamentais assegurados,

tanto os de pleito negativo quanto os positivos. Na seara internacional, infere-se que a dignidade humana também rege as normas internacionais, vinculando os signatários, no caso, da Convenção de Palermo, a honrar a dignidade humana. Nesse viés:

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos. (SCARLET, 2002, p. 22).

O tráfico de pessoas fere vários direitos assegurados na Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988) como o direito de ir e vir, o direito a liberdade, dignidade sexual entre outros. Além dessas garantias citadas a respeito do mínimo existencial que uma pessoa tem direito a ter, é possível encontrar mais desses direitos que estão sob a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, há também o princípio da liberdade, presente na CRFB/1988, bem como também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual apresenta:

Art.1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidades e em direitos. Datados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Art. 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos a liberdade proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento de qualquer outra situação. [...] Art.7º Todos são iguais

perante a lei e, sem distinção, tem direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (*Online*)

O direito à liberdade, numa apertada síntese sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, diz respeito à vida, à segurança social, direito de não ser escravizado, direito a não ser tratado de forma desumana, não podendo, portando, sofrer tortura, todo e qualquer tipo de punições rigorosas, sem se olvidar do direito à locomoção, entre outros.

Diante disso, no que tange ao tráfico de pessoas para fins sexuais, é o domínio que se tem sobre a liberdade sexual de outrem que acaba por infringir a dignidade humana, desumanizando o ser, tanto pelo vício da retirada de sua liberdade sexual, quanto pelas condições desumanas aos quais as vítimas são submetidas. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é imperioso reconhecer que sexualidade é um direito de primeira geração, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade. A liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, e, como todos os direitos do primeiro grupo, é inalienável imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. (DIAS, 2006, p. 27).

Trevisan (2014) destaca que, em conformidade com os preceitos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), essa modalidade de tráfico se baseia em todo o oposto previsto no princípio da dignidade

humana, versando sobre todas as profanações dos direitos humanos, em especial às mulheres que vem a ser o maior alvo deste tipo delituoso.

Outro ponto de destaque tange na tratativa que a normatização destina ao tráfico de pessoas para fins sexuais, posto que a Liberdade sexual das pessoas não é abarcada de maneira ampla e coerente, haja vista, em que pese tratar-se de norma recente, ainda trazer esta tipificação como crime contra os costumes ou crime sexual, o que evidenciada um ataque à dignidade sexual da pessoa, ou melhor, uma ausência de dignidade da pessoa humana, na seara da sexualidade. Nesse sentido:

Note-se que apesar da disciplina normativa datar de pleno século XXI, logo ser atual, alguns aspectos fugiram à percepção do legislador, como tratar do tráfico de pessoas como crime contra os costumes ou crime sexual, impedindo que se proteja a liberdade sexual das pessoas. (TAQUARY; TAQUARY, 2014, s/p).

Segundo ARY (2009), o tráfico humano apresenta um procedimento relativamente elaborado, haja vista as fases que envolve, sendo dividido em três partes, quais sejam, o aliciamento, deslocamento e a exploração da vítima. Na primeira etapa, consiste em basicamente buscar por vítimas em seus locais de origem, fazendo promessas de melhores condições de vida, oferecendo propostas de emprego entre outras atratividades que venham chamar atenção de pessoas interessadas, devido à situação de vulnerabilidade social.

A segunda fase, por sua vez, diz respeito ao transporte das vítimas, a respectiva recepção no local de destino, muitas vezes com documentação ilegal, mediante falsificação, entrando como imigrantes em caso de tráfico internacional, em determinados territórios em algumas vezes de forma clandestina.

Já na terceira etapa, trata-se do local onde a vítima finalmente chega, onde, de fato, é explorada e colocada em alojamentos, privando-as de suas liberdades e impedindo-as de se locomoverem. Locias estes

desprovidos de qualquer condição de vida digna, ou seja, destinando ao ser humano uma objetificação e um tratamento desumano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa, ao mencionar outros ramos desse crime, abordou sobre a modalidade de tráfico de pessoas para fins sexuais, fazendo uma trajetória através da história e a atualidade. O tema discutido é muito complexo envolvendo várias partes, incluindo estatais e não estatais, ambos voltados para o combate e prevenção do tráfico pessoas, sejam internacionais ou nacionais. Contudo, apesar desse crime ser bem antigo, nos dias de hoje apresenta-se como um problema mundial.

Diante todo entendimento, em especial frente à trajetória histórica do tráfico de pessoas, evidencia-se que intervenção do Estado é imprescindível, promovendo e fazendo valer as normas jurídicas responsáveis por tratar desse crime. Isto porque não basta ao Estado coibir as desigualdades sociais existentes e as formas de violências contra os grupos vulneráveis que, por ventura, sejam possíveis causas do tráfico de pessoas, devendo ele assumir a efetiva promoção da verdadeira igualdade, para que, neste caso venha uma nova forma de transformar as condutas nas relações sociais, bem como efetivar as normas já existentes.

Logo, conclui-se portanto que, o crime abordado é um tema grave, sendo necessário cautela dos direitos humanos tanto na esfera nacional quanto na internacional, já que como foi visto, o tráfico de pessoas viola os direitos humanos previstos na constituição federal, vindo abranger também vários outros problemas como a privação da liberdade da vítima, coisificação das mesmas e prostituição forçada.

REFERÊNCIAS

ARY, Thalita Carneiro. **O tráfico de pessoas em três dimensões**: evolução, globalização e a rota Brasil-Europa. 2009. 158 f., il. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais)-Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4359/1/2009_ThalitaCarneiroAry.pdf. Acesso em: 23 mar. 2022.

ÁVILA, Gustavo N. et. al. **Comércio de órgãos humanos**: até onde vai a autonomia do indivíduo? *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 34, n. 1, 2008. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5157>. Acesso em: 31 mar. 2022.

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

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral** – 1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 31 Mar 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**, 2001. Disponível em: < <https://ibdfam.org.br/artigos/24/Liberdade+sexual+e+direitos+humanos>. Acesso em: 23 mar. 2022.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. **Tráfico Humano**. Portal Mundo Educação – Geografia Humana. Disponível em: <http://www.mundoeducacao.com.br/geografia/trafico-humano.htm>. Acesso em: 21 mar. 2022.

GIORDANI, Mário Curtis. **História da Grécia Antiguidade Clássica I**, 1984. Editora Vozes.

HIGA, Desiree. **Tráfico humano:** Aspectos sociais, culturais, econômicos e geográficos no âmbito dos Direitos Humanos e da ética e cidadania. Publicado em: 2016. Disponível em: <https://desireehiga.jusbrasil.com.br/artigos/340100218/trafico-humano>. Acesso em: 31 mar. 2022.

LEITE, Rodrigo de Almeida. **Tráfico Internacional de Mulheres para fins de Exploração Sexual.** Revista Sociologia Jurídica. Janeiro-Junho. 2011. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/trafico-internacional-de-mulheres-para-fins-de-exploracao-sexual/>. Acesso em: 22 Mar. 2022.

MATTE, Nicole Lenhardt. **Tráfico de órgãos:** a (im)possibilidade da legalização da comercialização de órgãos no Brasil e os entraves à doação. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Taquari - Univates, Lajeado, jun. 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10737/1747>. Acesso em: 31 mar. 2022.

MENEZES, Lená Medeiros de. **Os Indesejáveis:** Desclassificados da modernidade. Protesto, crime e expulsão na Capital Federal (1890-1930). Rio de Janeiro: EdUERJ, 1996.

NOVO, Benigno Núñez. **Tráfico de pessoas para fins sexuais no contexto brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85928/trafico-de-pessoas-para-fins-sexuais-no-contexto-brasileiro>. Acesso em: 21 mar. 2022.

OLIVEIRA, Renata Braga de; **Tráfico de pessoas para fins sexuais no contexto brasileiro.** Revista Jus Navigandi, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85928/trafico-de-pessoas-para-fins-sexuais-no-contexto-brasileiro>. Acesso em: 27 mar. 2022.

PROTOCOLO DE PALERMO. **Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004.** Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção,

Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

RAINICHESKI, Laís Costa. **Tráfico Internacional de Mulheres**. In: Caderno Unisal,. 2012: 161-194. RAMINA, Larissa; RAIMUNDO, Louise.

RIBEIRO, Maria Luíza Lombardi, 2021. **TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO COMPARADO**. Disponível em: https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20210618131928.pdf. Acesso em: 31 mar. 2022.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; TAQUARY, Catharina Orbage de Britto. **Comércio de seres humanos: a influência da Convenção de Palermo sobre o novo modelo de lei penal brasileira**, 2014. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/8888>. Acesso em 29 março 2022.

TREVISAN, Mariane Gonçalves. **Tráfico humano: Um problema invisível**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4099/3860>. Acesso em: 25 mar. 2022.

DO RECONHECIMENTO DA HORA EXTRA NO TELETRABALHO QUANDO DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA JORNADA

*Maria Eduarda Ferreira Teixeira Meneguelli*¹

*Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro*²

INTRODUÇÃO

A evolução da tecnologia influenciou diretamente toda sociedade moderna, principalmente os meios de informação e comunicação, tendo em vista que, atualmente, os aparatos tecnológicos permitem contato instantâneo entre as pessoas em qualquer canto do mundo.

Assim, podemos afirmar que a internet é a grande protagonista da modalidade de trabalho à distância, já que a mesma proporcionou a descentralização presencial através do intermédio da rede mundial de computadores e os mecanismos de compartilhamento de documentos e dados.

Entretanto, somente em 2017 com a promulgação da Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017), mais conhecida como Reforma Trabalhista que o trabalho à distância foi devidamente regulamentado no Capítulo II-A.

Diante a vigência da referida lei, algumas questões foram levantadas e tornaram-se alvo de divergências no que diz respeito ao controle da jornada de trabalho e o direito de abono a horas extras do teletrabalhador.

Desse modo, o presente artigo tem por objetivo a análise sobre a possibilidade do reconhecimento da hora extra no teletrabalho, quando da possibilidade de controle de jornada, discutido a inconstitucionalidade do artigo 62, inciso III da CLT.

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé. Email:mariaeduardameneguelli@gmail.com

2 Professora do Centro Universitário Faminas-Muriaé. Mestre em Direito pela UCP. Especialista em Direito Processual Contemporâneo pela UFRRJ. Advogada.

Para tanto, será analisado o teletrabalho, apontando conceitos, origem histórica, características, bem como outras particularidades dessa modalidade de trabalho.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em revisão bibliográfica, e análise jurisprudenciais.

1 DO TELETRABALHO

1.1 CONCEITO DE TELETRABALHO E BREVE HISTÓRICO

Segundo o próprio dicionário, a palavra teletrabalho é derivada da etimologia grega onde “tele” significa longe e “trabalho” é a realização de uma atividade mediante pagamento ou salário (DICIO, 2022).

Portanto, teletrabalho significa: “Trabalho que pode ser realizado remotamente, fora do espaço da empresa ou da sede da entidade empregatícia, feito com auxílio de computadores ou de outros dispositivos cuja comunicação à distância pode ser efetuada” (DICIO, 2022).

Apesar do teletrabalho ter ganhado notória visibilidade, somente nas últimas décadas diante das novas tecnologias, essa modalidade de trabalho surgiu nos Estados Unidos por volta de 1857, sendo utilizado o telégrafo como mecanismo de comunicação para quem estava à distância (KUGELMASS, 1996).

Outro marco no teletrabalho ocorreu na década de cinquenta, quando o norte-americano Norbert Wiener registrou o trabalho de um arquiteto europeu que supervisionava uma obra nos Estados Unidos utilizando um aparelho de “ultrafax”, trocando desenhos e fotografias da construção e complementando as informações via telefone e telégrafo (HOSSEIN, 2004, p. 304).

Sobre o assunto, Carla Carrara da Silva Jardim pondera que:

O teletrabalho, na realidade, foi iniciado quando não existia o computador pessoal nem a massificação da internet. Nas décadas de 60 e 70, quando o teletrabalho despertou a atenção da sociedade, ele era realizado de outro modo- utilização de facsímile, correio, telefone convencional, telex e telégrafo. O slogan “levar o trabalho ao trabalhador ao invés do trabalhador ao local de trabalho” foi extremamente tomado ao pé da letra. O teletrabalho apresenta, assim, uma variedade de características heterogêneas e, no futuro, um desenvolvimento maior irá dar um melhor sentido aos termos teleworking e telecommuting cunhados por Jack Nilles (JARDIM, 2003, p. 38).

E de fato, atualmente, o teletrabalho é indissociável dos meios de informática e aparelhos eletrônicos, isto porque, foram esses mecanismos que passaram a garantir a execução tão eficiente do trabalho à distância.

Portanto, podemos afirmar que a internet e a evolução dos meios de comunicação influenciaram na criação da Lei nº 13.467/17 (BRASIL, 2017), já que existe um capítulo versando apenas sobre o teletrabalho, vejamos:

CAPÍTULO II-A

(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

DO TELETRABALHO

“Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado

no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

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

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

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador” (BRASIL, 2017).

Assim sendo, a reforma trabalhista buscou normatizar o teletrabalho, tendo em vista que a modalidade dispõe de maior economia na esfera empresarial e garante ao empregado menor tempo gasto com deslocamentos.

Porém, apesar dos benefícios mencionados, o teletrabalho ainda é objeto de conflitos, sendo um deles discutido neste estudo, qual seja, a possibilidade do controle de jornada para apurar as horas extras.

1.2 DIFERENÇA ENTRE TELETRABALHO E *HOME OFFICE*

As modalidades de teletrabalho e *home office* por serem muito parecidas acabam por gerar uma confusão, fazendo com que as pessoas acreditem que são a mesma coisa, contudo, existem características que as diferem.

Normalmente, o teletrabalho é exercido de qualquer lugar que não seja o local de trabalho e sem que seja reconhecida a hora extra, com a justificativa da impossibilidade do controle de jornada do teletrabalhador. Já o *home office* tem por característica ser realizado remotamente sempre da residência do empregado.

Marcelo Mendonça explica:

“... 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 dessemelhança é que para o *home office* não existe legislação específica, sendo aplicado as mesmas regras do trabalho presencial convencional. Enquanto no teletrabalho, conforme já mencionado,

devido a sua flexibilização, necessitou da criação de normas jurídicas específicas.

O autor Sidnei 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).

Ademais, resta evidenciado que algumas dessas diferenças mencionadas são objeto de divergências na doutrina e jurisprudência.

2 DO RECONHECIMENTO DAS HORAS EXTRAS NO TELETRABALHO

2.1 DA JORNADA E DURAÇÃO DO TRABALHO

Conforme explicado anteriormente, as atividades do teletrabalho podem ser desenvolvidas de qualquer local, desde que não seja em um ponto físico vinculado ao empregador, entretanto, essa condição gerou o impasse trabalhista em relação ao controle de jornada laborativa.

Nesse contexto, torna-se necessário diferenciar duração do trabalho e jornada de trabalho, distinção que o autor Luciano Martinez expõe com clareza, vejamos:

Duração do trabalho é o tempo de labor legalmente outorgado ou contratualmente oferecido a um empregado. Exemplo: a duração legal do trabalho dos bancários é de seis horas diárias e trinta horas

semanais. Jornada de trabalho é o tempo que o empregado permanece à disposição do empregador durante um dia. Por isso, é uma redundância falar em jornada diária, por que toda jornada é obviamente diária; constitui, por outro lado, uma incoerência falar em jornada semanal ou mensal, por que jornada somente diz respeito ao dia, e nunca à semana ou ao mês (MARTINEZ, 2018. p. 396).

Com isso, resta evidenciado que o teletrabalhador fica exposto a um tipo de autonomia para desenvolver suas atividades diárias, entretanto, também ficam vinculado à legislação, que determinou que o teletrabalhador não deve se submetido ao regime de duração padrão de trabalho, ou seja, a CLT autorizou que o teletrabalhador cumpra até mais do que 8 horas diárias sem o reconhecimento ou pagamento de horas extras.

Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite [...].

[...]

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

III - os empregados em regime de teletrabalho (BRASIL, 2017).

Essa determinação é alvo de discussões, tendo em vista que expõe a saúde física e psíquica do teletrabalhador, uma vez que o mesmo pode trabalhar de forma ilimitada, o que torna difícil a distinção entre vida pessoal e vida profissional.

Ademais o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988 prevê que “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação

de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a praticidade e independência que as tecnologias garantem ao teletrabalhador podem agir de forma reversa, uma vez que ligações, *e-mails* e mensagens via *WhatsApp* podem forçar o teletrabalhador a prestar serviços durante os horários que seriam destinados ao descanso, ficando por assim dizer à disposição do empregador.

Sobre isso, Rafael Neves Harff aduz:

Considera uso de novas tecnologias de informação e comunicação faria supor a melhoria das condições de vida e de trabalho para um grande número de trabalhadores, notadamente aqueles que passam a se valer do teletrabalho, de forma integral ou parcial. Contudo, o que se percebe é a intensificação do trabalho, que não guarda sinonímia ou conexão direta com a melhora na qualidade de vida (HARFF, 2017, p. 17).

Em continuidade, Wother e Rodrigues completam:

A extrapolação da jornada de trabalho pode trazer consequência nefastas, tais como o surgimento de empregador workaholics (viciados em trabalho), que habitualmente excedem abusivamente a jornada de trabalho, com prejuízo da saúde e vida pessoal, e que, inclusive, muitas vezes acabam contagiando outros funcionários, que ao se sentirem envergonhados (ou pressionados) diante da dedicação do colega ou superior também seguem o mesmo destino (WOTHER; RODRIGUES, 2014, p.90).

Frente a essa dependência que o teletrabalho pode causar é garantido ao teletrabalhador o direito a desconexão, ou seja, uma

garantia ao descanso, conforme aduz Aline Graziela Bald e Cláudia Tessmann:

O direito à desconexão é uma garantia constitucional ao trabalhador na modalidade de teletrabalho, portanto, todo trabalhador tem que ter um tempo para o lazer, descanso físico e mental, pois este direito a desconexão seria uma forma de repouso do empregado. O direito à desconexão do meio ambiente de trabalho é um direito do teletrabalhador, sendo um dos direitos fundamentais relativos à saúde, higiene e segurança do trabalho. A preocupação é no sentido físico e psíquico do teletrabalhador, além da restauração de energias. (BALD; TESSMANN, 2016).

Portanto, resta evidenciado que a extrapolação na duração da jornada de trabalho, a diminuição no tempo de descanso e a dificuldade de manter-se desconectado são as grandes desvantagens que as inovações tecnológicas utilizadas para garantir a manutenção do teletrabalho podem causar.

2.2 POSSIBILIDADE DO CONTROLE DE JORNADA

A possibilidade de realizar o controle de jornada de trabalho na modalidade do teletrabalho é um tema passível de discussão, isto porque, conforme já exposto anteriormente, o legislador retirou os teletrabalhadores do rol de trabalhadores submetidos a carga horária padrão estipulada por lei, qual seja, 08 (oito) horas diárias.

Essa flexibilidade aplicada ao teletrabalhador somada à ausência de carga horária estipulada em lei acaba por gerar graves prejuízos ao empregado.

Nesse sentido, Tiago Silva Costa e Benigno Nuñez Novo aduzem:

A flexibilidade de horários, podendo o mesmo adequar seu horário de trabalho, com o familiar, porém sabendo distinguir esse tempo possibilita principalmente, que os interesses do trabalhador e do empregador sejam conciliados. Todavia, como o trabalhador, não exerce sua atividade laboral na empresa, o mesmo acaba ficando isolado do convívio com os colegas de trabalho, impossibilitado de trocas de ideias e conversas construtivas para o trabalho. Com relação à possibilidade de promoção, também acaba acarretando um problema, visto que essa oportunidade acaba decaindo, assim como a seguridade do empregado, no que concerne a um nível menor de proteção social, de tutela sindical e administrativa, por exemplo (COSTA; NOVO, 2017, n.d.).

Em continuidade, faz-se necessário destacar que o artigo 62, da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) promoveu a exclusão dos teletrabalhadores de fazerem *jus* ao abono de horas extras, utilizando a fundamentação da impossibilidade do controle da jornada de trabalho.

É cabível a observação a ser feita no sentido de lembrar que a Lei n.13.467/2017 inseriu os empregados em regime de teletrabalho dentro da excludente do art. 62 da CLT, que se refere à não aplicação, aos trabalhadores ali referidos (incisos I, II e III do art. 62), das regras concernentes à duração do trabalho. Tais empregados, portanto, laborando em contexto que toma difícil ou até mesmo inviável o controle de jornada, não recebem a incidência de regras sobre duração do trabalho, horas extras/suplementares, intervalos trabalhistas, etc. (DELGADO, 2017, p.138).

Entretanto, parte da doutrina passou a entender pela inconstitucionalidade do artigo, tendo em vista que os próprios aparatos tecnológicos que o setor de informática e comunicação dispõem podem tornar possível o controle da jornada de trabalho do teletrabalhador, garantindo assim, a duração razoável da jornada de trabalho e o reconhecimento do abono de férias.

Sobre a possibilidade do controle de jornada do teletrabalhador, Cassar diz:

De fato, no passado era difícil a mensuração do trabalho de um empregado em domicílio. Mas diante das novas tecnologias que permitem, em tempo real, o contato entre o empregado e o patrão, este meio de trabalho tem sido mais controlado e fiscalizado. Absurdo, por isso, o comando legal que exclui os teletrabalhadores de tantos benefícios pela mera presunção de que não são controlados. Estes também deveriam ter os mesmos direitos de os demais trabalhadores externos (CASSAR, 2017, p.134).

Para a doutrina, não restam dúvidas quanto da possibilidade de promover o controle da jornada de trabalho, haja vista as inúmeras ferramentas que os sistemas de informação oferecem através de programas, aplicativos, GPS, sistema de *login* e *logout*, entre outros sistemas que podem ser utilizados na fiscalização do controle de jornada e, conseqüentemente, o abono de horas extras.

Leandro Fernandez Teixeira endossa:

Em verdade, é de conhecimento geral a existência de inúmeros programas e aplicativos concebidos precisamente para o controle da duração do labor do empregado no regime de teletrabalho, mediante, por exemplo, a programação do tempo médio para o cumprimento de cada tarefa ou projeto, com a criação de rotinas de trabalho, o acompanhamento

dos períodos de login e logout, o envio de relatórios das atividades desempenhadas, o encaminhamento de mensagens online para acompanhamento das tarefas e fornecimento de feedback, a identificação instantânea da visualização de mensagens, o monitoramento em tempo real do trabalho que está sendo executado pelo obreiro, até mesmo com visualização da imagem em seu monitor e do conteúdo do texto digitado pelo empregado. Nessa ordem de ideias, se for possível, no plano fático, o controle da jornada do empregado em teletrabalho (observe-se, aqui, que a dinâmica do contexto de labor deste sujeito é muito mais próxima da realidade do externo do que do exercente de cargo de gestão), será ele alcançado pela disciplina celetista da duração do trabalho (TEIXEIRA, 2019, n.d.).

Raphael Miziara ainda dispõe:

O controle de horário de trabalho, como por meio de sistemas de log in e log off no sistema, vigilância por câmeras ou qualquer outro meio de comando e fiscalização, surgirá o direito ao pagamento das horas extras, como, a propósito, sucede com as demais hipóteses do art. 62 da CLT. Nesses casos, vale registrar, caberá ao empregado o ônus da prova quanto ao controle do horário (MIZIARA, 2018, p.71).

Dessa forma, torna-se incabível apoiar a ideia de excluir o teletrabalhador da jornada de trabalho padrão e afastá-lo do direito ao reconhecimento ao abono de horas extras apenas com base na impossibilidade de controle de jornada, restando assim evidenciado o equívoco do legislador quanto o artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi desenvolvido com base no cenário trabalhista atual, com foco no trabalho à distância, em específico na modalidade do teletrabalho.

Assim, inicialmente, foi explorado e apontado o conceito de teletrabalho que nada mais é do que uma atividade laborativa realizada de qualquer outro lugar que não seja a instalação física mantida pelo empregador, sendo utilizados aparelhos eletrônicos, meios diversos de comunicação e suporte de internet para realizar o serviço necessário.

Em continuidade, foi exposto brevemente a origem do teletrabalho, sendo apontadas algumas atividades que foram desenvolvidas com os mecanismos que eram dispostos da época.

Em 2017, foi promulgada a Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017) que passou a regulamentar o teletrabalho no Brasil, entretanto, tal legislação causou algumas divergências na doutrina, sendo por vezes omissa ou lacunosa com o teletrabalhador.

Nesse sentido, o estudo versou sobre a inconstitucionalidade do inciso III no art. 62 da CLT (BRASIL, 1943), que excluiu o teletrabalhador do rol de empregados que fazem *jus* ao direito da duração normal de jornada de trabalho por entender que não existe a possibilidade de controlar essa jornada, e conseqüentemente, afastou também o direito de ter horas extras reconhecidas e indenizadas.

A inconstitucionalidade do artigo supracitado tem por fundamentação a mesma tecnologia utilizada na execução das atividades laborativas do teletrabalhador, uma vez que esta pode garantir também a fiscalização da duração e do controle da jornada de trabalho, assegurando assim, o reconhecimento das horas extras.

Ademais, nessa modalidade de trabalho é imperativo ressaltar o direito do teletrabalhador à desconexão, ou seja, o direito de aproveitar de algum lazer, ter algum tempo sem estar conectado às funções do trabalho.

Esse direito é de suma importância aos teletrabalhadores, pois as ferramentas tecnológicas podem causar excesso de trabalho, haja

vista a possibilidade de permanecer trabalhando de qualquer lugar do mundo, precisando na maioria das vezes de internet e um notebook ou até mesmo um mero *smartphone*.

Ademais, toda a questão trabalhista se desdobrou até alcançar o Tribunal Superior do Trabalho, que com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana determinou que havendo a comprovação das horas extras devidas, as mesmas devem ser reconhecidas e indenizadas.

Frente ao exposto, o estudo realizado mostra que a corrente majoritária é favorável ao reconhecimento das horas extras aos teletrabalhadores, uma vez que seja possível computá-las através de algum mecanismo ou ferramenta tecnológica.

Por fim, é notável a fragilidade da legislação em comento, tendo em vista que a mesma não está de acordo com os direitos dispostos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BALD, Aline Graziela; TESSMANN, Cláudia. **Direito à desconexão frente aos direitos e deveres do empregado no contrato de trabalho especificamente no teletrabalho**. 2016. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1019-1028-1-pb.pdf>> Acesso em: 18 fev. 2022.

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 fev. 2022.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

COSTA, Tiago Silva; NOVO, Benigno Nuñez. **O teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário brasileiro**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/o-teletrabalho-no-ambito-do-poder-judiciario-brasileiro/>>. Acesso em: 21 fev. 2022

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DICIO. **Dicionário de português online**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/teletrabalho/> Acesso em: 20 fev. 2022.

HARFF, Rafael Neves. **Direito à desconexão: estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional da 4^a Região. Ano XIII, n^o 205, jun. de 2017.

HOSSEIN, Bidgoll. **Defining Telecommuting and Telework**. The Internet Encyclopedia, V. 3. New Jersey, Wiley: 2004.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: LTr, 2003.

KUGELMASS, Joel. **Teletrabalho: novas oportunidades para o trabalho flexível**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica**. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDONÇA, Marcelo. **A inclusão dos “home offices” no setor residencial no município de São Paulo. 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 fev. 2022.

MIZIARA, Raphael. **A Reforma sem Acabamento: incompletude e insuficiência da normatização do teletrabalho no Brasil**. Revista de Direito do Trabalho. vol. 189. Ano 44. pág. 61-80. São Paulo: ed. RT, maio 2018.

TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **Limitação da jornada no regime de teletrabalho**. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53198/limitao-da-jornada-no-regime-de-teletrabalho>> Acesso em: 22 fev. 2022.

WOTHER, E. L.; RODRIGUES, K. J. R. M. **A regulamentação legal do trabalho a distância e sua repercussão na configuração do vínculo empregatício e no controle da jornada de trabalho**. Revista Magister de Direito do Trabalho. Porto Alegre. v.63, nov/dez de 2014.

O ASSÉDIO SEXUAL SOFRIDO PELA MULHER NO AMBIENTE DE TRABALHO

Stephanie Vitória de Oliveira Bernardo¹

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro²

INTRODUÇÃO

Sabe-se que as mulheres, diariamente, são vítimas de diversos tipos de violências, abusos, desrespeito, e ainda são, frequentemente, vítimas de assédio sexual no ambiente laboral.

A prática do assédio sexual viola diversos direitos fundamentais, como a liberdade, a intimidade, dentre outros, causando enorme abalo psicológico, traumas, fazendo com que haja a perda do interesse no trabalho, desenvolvimento de vários outros tipos de doenças, tais como, ansiedade, depressão, ataque de pânico, dentre outras.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar o assédio sexual sofrido pela mulher no ambiente de trabalho, observando-se a desigualdade de gênero existente na sociedade e no mercado de trabalho.

Para isso, será analisado, o conceito de assédio sexual, suas consequências jurídicas, como também a abordagem de medidas preventivas, buscando evitar a ocorrência de assédio no ambiente de trabalho, bem como medidas repressivas a serem adotadas em caso da prática de assédio sexual.

Além disso, esse trabalho tratará sobre a legislação vigente acerca do tema, trazendo exemplos de como o assédio sexual ocorre no local de trabalho, os danos físicos, psicológicos e emocionais, causados às vítimas, como também o prejuízo ao bom rendimento no trabalho.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Faminas Muriaé.
Email:stephanievitoriaoliveira@hotmail.com

² Professora do Centro Universitário Faminas Muriaé.

Por fim, será analisada a responsabilização do assediador pelos atos praticados, no âmbito cível, trabalhista e penal, assim como as medidas a serem tomadas pela vítima, bem como as políticas de prevenção e repressão a serem adotadas no ambiente de trabalho, de modo a evitar a prática do assédio.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em revisão bibliográfica e análise jurisprudencial.

1 DO ASSÉDIO SEXUAL

1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ASSÉDIO SEXUAL

Muito embora o assédio sexual seja um tema recorrente nos dias atuais, para o escritor Freitas (1996, p. 5), a questão do assédio sexual não é uma prática nova no Brasil, ou mesmo uma prática que possa ser considerada como consequência do desenvolvimento econômico dos últimos anos.

Em consonância com o escritor Freitas (1996, p. 5), se fizermos uma análise e retrocedermos ao passado histórico, certamente vamos nos deparar com inúmeros relatos de senhores de escravos que se faziam não só donos do trabalho, mas também do corpo de suas escravas.

Na época em questão, era comum que os patrões ou até mesmo os seus filhos, satisfizessem seus desejos sexuais nos prostíbulos ou então com as empregadas domésticas, e neste caso, a empregada teria que optar pelo assédio e até mesmo o estupro, ou então era dispensada do trabalho. (BRASIL, 2013)

Com o passar dos anos, compreender o significado, as formas de manifestações, perfis da vítima e do agressor, suas repercussões e formas de impedir sua prática ou até mesmo de alguma forma reparar suas consequências, passou a ser tarefas de médicos, psicólogos, administradores, assistentes sociais, professores e juristas, entre

outros que atuam no campo das relações humanas, especialmente quando relacionadas com o trabalho. (BRASIL, 2013)

Hoje, podemos compreender como assédio, toda conduta abusiva que se manifesta, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos ou outra forma de provocar danos à personalidade, à dignidade ou a à integridade física ou psíquica de uma pessoa, e, ainda, colocar em perigo seu emprego ou, no mínimo, degradar as condições ambientais do trabalho. (BRASIL, 2013)

Assim, o assédio sexual, em qualquer ambiente que ocorra, se aproxima da ideia de “psicoterror”, o qual agrega tanto o abuso de poder como a manipulação perversa, e se mostra capaz de, efetivamente, deteriorar as condições físicas, psíquicas e emocionais da vítima. (BRASIL, 2013)

1.2 CONCEITO DE ASSÉDIO SEXUAL

O assédio sexual é um comportamento de teor sexual, merecedor de reprovação, pois é desagradável, ofensivo e impertinente.

De acordo com o artigo 216-A, do Código Penal, o conceito de assédio sexual configura como o ato de “constranger alguém, com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função.” (BRASIL, 1940).

Mesmo sendo de difícil comprovação, a lei pune o constrangimento que tem o sentido de forçar, compelir, ou obrigar alguém a fornecer favor sexual. Tal proteção vem a abranger todas as relações em que haja hierarquia e ascendência: relações laborais, educacionais, médicas e etc.

O assédio sexual pode acontecer com homens contra mulheres, mulheres contra homens, homens contra homens e mulheres contra mulheres. Entretanto, pesquisas revelam que os assédios sexuais acontecem com mais frequência de homens contra mulheres negras.

Outro grupo que é alvo dos assédios sexuais são a população LGBTI+. (BRASIL, Mesa do Senado Federal, 2019).

Há várias formas de assédio sexual: quando o homem ou a mulher, estando em posição hierárquica superior, se vale de sua posição para constranger alguém, sendo com intimidações, pressões ou interferências, a fim de obter algum favorecimento sexual. Ocorre também quando não há distinção hierárquica entre a pessoa que assedia e aquela que foi assediada, como por exemplo, colegas de trabalho.

Vale dizer que nesse caso, essa forma não é tipificada como crime de assédio no Código Penal Brasileiro. Contudo, a conduta poderá ser punida por outros tipos penais.

O assédio sexual no ambiente de trabalho consiste em constranger colegas por meio de cantadas e insinuações constantes, com o objetivo de obter vantagens ou favorecimento sexual. (BRASIL, CNMP, 2016)

2 O ASSÉDIO SEXUAL SOFRIDO NO AMBIENTE DO TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

2.1 DO ASSÉDIO SEXUAL NO TRABALHO

Sabe-se que a violência sexual é, sem dúvida, uma prática perversa e totalmente inaceitável, que atinge milhões de pessoas, homens e mulheres de diversas idades, classes sociais, raças e orientações sexuais, tendo como principal alvo meninas e mulheres.

Uma das inúmeras formas que este ato de violência se apresenta é o assédio sexual no ambiente de trabalho, afetando principalmente as mulheres, exercendo poder em suas relações laborais.

Faz-se importante mencionar que além de estar previsto como crime na legislação brasileira, configura uma violação aos direitos humanos, ferindo diretamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e outros direitos fundamentais dos servidores públicos,

dos empregados e dos estagiários, bem como, viola os direitos de trabalhadores à segurança no trabalho e à igualdade de oportunidades, além de prejudicar a saúde física e psicológica. E, a cada ato ocorrido, em que o silêncio prevalece, aumenta ainda mais a realidade dessa problemática.

Vale dizer que se trata de um comportamento de teor sexual merecedor de total repúdio e reprovação, considerado desagradável, ofensivo e impertinente, que obviamente torna o ambiente de trabalho, um local de traumas e medo para aquele que foi assediado.

Sabe-se que existe punição para tal conduta, abrangendo todas as relações em que haja hierarquia e ascendência.

Faz-se importante mencionar que para configurar o assédio sexual no ambiente de trabalho ou em outro local, é necessário que haja o não consentimento por parte da vítima. O não consentimento deve ser visto amplamente, como não adesão à investida do agressor.

Por fim, pode-se exemplificar entre os atos decorrentes do assédio sexual, as insinuações, gestos, palavras, promessas de tratamento diferenciado, chantagem para permanência ou promoção no trabalho, ameaças, perturbação, ofensa, conversas indesejáveis, contato físico não desejado, solicitações de favores sexuais, convites impertinentes, exibicionismo, criação de um ambiente pornográfico, sendo todas essas investidas em caráter sexual.

2.2 DOS DANOS PSICOLÓGICOS SOFRIDOS POR UMA MULHER ASSEDIADA NO AMBIENTE DE TRABALHO

Os assédios sexuais causam desconforto, perda de interesse e prazer no trabalho, desestabilizando emocionalmente e provocando não apenas o agravamento de moléstia já existente, além da possibilidade do surgimento de outros problemas. (BRASIL, 2013)

Como se trata de um ambiente de trabalho, existem mais pessoas que estão envolvidas naquele ambiente que o agressor e a pessoa que foi assediada.

Assim, os danos causados àquela que foi assediada pode acarretar a perda de interesse no trabalho, a queda da produtividade e da qualidade, a ocorrência de doenças profissionais e acidentes de trabalho, causando ainda, a rotatividade de trabalhadores e o aumento de ações judiciais pleiteando direitos trabalhistas e indenizações em razão do assédio sofrido.

Muitos são os danos sofridos por uma mulher assediada no ambiente de trabalho, a privação da autonomia, integridade física e psicológica afetada, decorrente da desestabilização emocional causada pelo assédio, do sentimento de vergonha, do auto isolamento e da introjeção da culpa mediante questionamento da própria conduta, significativa redução da autoestima, diminuição da produtividade, afastamentos por doenças, desligamentos, aumento das doenças profissionais, do absenteísmo, dos acidentes de trabalho, comprometimento da saúde físico-psíquica em função da pressão psicológica sofrida.

Desta forma, o assédio sexual causa sérios danos à saúde física e emocional das vítimas.

De acordo com o Ministério da Saúde, muitas são as consequências que o assédio sexual pode causar na saúde, sendo as principais: estresse emocional, sentimento de culpa, perda do poder de concentração, transtornos de adaptação, ansiedade, insegurança. (OMS, 2002)

Considera-se que mulheres vítimas de abuso sexual podem sofrer com problemas de saúde, sociais e psicológicos, podendo as consequências podem ocasionar Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT). (OMS,2002)

Por fim, o abuso sexual pode acarretar sérios malefícios na vida das mulheres, trazendo vários problemas relacionados à sexualidade, isolamento social, fazendo com que elas se afastem de futuros relacionamentos por medo, insegurança, quebra de confiança em outras pessoas devido ao abalo psicológico e físico adquirido ao longo do evento estressor.

2.3 DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ASSEDIADOR NAS ESFERAS TRABALHISTA, CÍVEL E CRIMINAL

É possível destacar a responsabilidade do assediador em todas as esferas, trabalhista, cível e criminal.

Na esfera trabalhista, a responsabilidade do assediador surge em situações que compõem o assédio sexual. Entretanto, não há lei específica para tratar o assédio, muito embora o assediador possa ser penalizado.

No âmbito da legislação trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) encontra-se equiparada para qualquer ocasião que venha qualificar como assédio sexual, prevendo a hipótese de rescisão indireta do contrato de trabalho, assim como indenização devida, nos casos em que o empregador, ou pressuposto, vierem a praticar contra o empregado, atos lesivos da honra, bem como boa fama.

Vale salientar que a presente afirmação está disposta no art. 483, alínea "e", da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), sendo uma situação em que a vítima terá o direito de extinguir o contrato de trabalho, receber todas as parcelas devidas na dispensa imotivada – aviso prévio, férias e 13º salário proporcional, FGTS com multa de 40%, dentre outras. (BRASIL, 1943).

O assediador poderá ser responsabilizado também no âmbito cível, quando ocorrer a configuração real do assédio, seja sexual ou até mesmo moral, será de direito da vítima a indenização conforme equiparação ao dano sofrido.

De acordo com o artigo 927 do Código Civil, aquele que por ato ilícito, causar danos a alguém, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002).

Embora o objetivo deste artigo seja o assédio sexual sofrido pela mulher no ambiente do trabalho, vale ressaltar o que Maria Celina Bodin de Moraes ensina acerca do assédio moral:

Sua caracterização se dá quando os efeitos do dano originam em angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo sensações e emoções negativas. Todos esses sofrimentos descritos são maximizados em vítimas de acidentes e doenças do trabalho, além de acarretar constrangimento perante amigos, família e na sociedade em geral diante da ofensa sofrida em sua imagem (MORAES, 2003, p. 27).

E por fim, tem a responsabilização daquele que assedia na esfera criminal. O Código Penal, em relação ao assédio sexual, dispõe em seu artigo 225, que se trata de um crime que se procede mediante ação penal pública incondicionada, tendo como titular o Ministério Público (BRASIL, 1940).

Tal artigo prevê uma pena de detenção de um a dois anos (BRASIL, 1940). Além disso, poderá o assediador ser responsabilizado quando caracterizar práticas de outros crimes que tiverem ligação com o assédio, como por exemplo, o crime de calúnia, previsto no artigo 138 do Código Penal (BRASIL, 1940), o crime de atentado contra a liberdade de trabalho, que consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias, disposto no artigo 197, inciso I e ainda, a infração prevista no artigo 203, do mesmo diploma, que trata da frustração de direito assegurado por lei trabalhista (BRASIL, 1940).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tem por finalidade analisar o sofrimento das mulheres vítimas de assédio sexual em suas atividades laborais. Trata-se de um tema, infelizmente, muito recorrente em nosso cotidiano, pois todos os dias assistimos ou lemos notícias que evidenciam este ato cruel e desumano.

A prática do assédio sexual viola, evidentemente, diversos direitos fundamentais, como por exemplo, à honra, à imagem, à liberdade, à intimidade e muitos outros.

Tal conduta tem tomado proporções maiores todos os dias. Diariamente, mulheres são assediadas em seu ambiente de trabalho. Esta é uma realidade que deve ser enfrentada, cuidada, exposta e principalmente punida.

Todo aquele que se diz empregador tem por obrigação garantir um ambiente seguro e saudável para seus trabalhadores, zelando pela ética e bons costumes.

Existem diversas formas de prevenção à prática do assédio, onde o empregador deve traçar meios conscientes para que o ambiente de trabalho seja transformado, garantindo o respeito e a dignidade das mulheres.

Por fim, o Poder Judiciário, em especial a Justiça do Trabalho, deve manter os trabalhadores informados de seus direitos, promovendo meios eficazes ao combate do assédio sexual, trazendo consigo a punição necessária como garantia jurisdicional.

REFERÊNCIAS

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

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Uma jornada de humilhações**. Dissertação de Mestrado em Psicologia Social - PUC. São Paulo, 2000, p. 266. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/17175>. Acesso em: 10/09/21.

BRASIL. Código Penal, Lei nº 2.848. Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada; Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime; Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 7 de dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF, Out, 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Assédio moral e sexual no trabalho* (Cartilha). Brasília: MTE, ASCOM, 2009. SINASEMPU. *Sobre assédio moral* (Cartilha). Brasília-DF. Disponível em: www.assediomoral.org. Acesso em: 15/01/22.

BRASIL, Ministério Público do Trabalho. **Assédio sexual no trabalho: perguntas e respostas**. Brasília, mai. de 2017. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/livros/copy_of_assedio-moral-no-trabalho-perguntas-e-respostas/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 11/01/22.

BRASIL, Ministério Público do Trabalho. **Manual sobre a prevenção e o enfrentamento ao assédio moral e sexual e à discriminação**.

Brasília, 2019. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/manuais/manual-sobre-a-prevencao-e-o-enfrentamento-ao-assedio-moral-e-sexual-e-a-discriminacao/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 06/02/22.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Assédio moral e sexual previna-se**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/9982-assedio-moral-e-sexual-previna-se>. Acesso em: 10/09/21.

CAMPAGNOLI, ADRIANA. **Sexo e poder nas Relações de Emprego – uma breve análise sobre o assédio sexual**. Revista Eletrônica, Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Assédio sexual e moral, 16º Edição, Março, 2013, p. 148.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 65.

LIMA, Lariane Fernanda Rodrigues de Jesus. **Assédio sexual no ambiente de trabalho**. Monografia do curso de Direito - Fundação Educacional do Município de Assis. Assis, 2014.

MORI, AMAURY. **O assédio sexual e os Direitos da Personalidade do Trabalhador**. Revista Eletrônica, Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Assédio sexual e moral, 16º Edição, Março, 2013, p. 42.

OMS. **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Genebra, 2002.

A GUARDA COMPARTILHADA COMO ELEMENTO INIBIDOR DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Taitê dos Santos Silva¹

Danielle Caroline Campelo Silva²

INTRODUÇÃO

O divórcio é um tema amplamente discutido no âmbito do Direito de Família, seja consensual ou litigioso. O Brasil, inclusive, registrou recorde de divórcio no ano de 2020, após o início da pandemia do coronavírus, segundo o Colégio Notarial do Brasil (BRASIL, 2020).

O divórcio litigioso é opção quando as famílias não conseguem chegar a um consenso sobre o fim da relação. Assim, por se tornar uma relação tempestuosa, surgem conflitos que afetam diretamente as partes, e consequentemente, se há interesse de menor, estes são os maiores prejudicados.

Deste modo, se há direitos de criança e adolescentes, a atenção é aumentada e seriamente regulamentada pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo de responsabilidade de ambos os genitores zelar pelo melhor interesse do filho e garantir-lhe um ambiente saudável para o melhor desenvolvimento.

Neste aspecto, a prática da alienação parental revela-se com a interferência na formação psicológica das crianças e adolescentes, realizada por aquele que detém sua guarda ou algum familiar próximo, com intuito de prejudicar ou romper o vínculo com um dos genitores.

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

2 Advogada e professora do Curso de Direito 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

Desta forma, a criança perde a convivência em um ambiente familiar saudável. Por se tratar de assunto grave, tem regulamentação em norma própria, na Lei 12.318/10 (BRASIL, 2010), também conhecida como Lei da Alienação Parental, que tem como objetivo a proteção da criança ou adolescente.

Ante o exposto, o objetivo do presente trabalho é demonstrar a evolução do instituto familiar na sociedade brasileira até o momento da desconstituição da família, que conseqüentemente gera a regulamentação da guarda dos filhos, em como a convivência com os pais tem sido regulamentada e mais especificamente em como a guarda compartilhada serve para prevenir ou inibir os efeitos da alienação parental, servindo de alicerce para o desenvolvimento da criança ou adolescente com ambas as famílias.

1. PODER FAMILIAR: DIREITOS E DEVERES DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS

O termo pátrio poder foi inicialmente adotado na Roma antiga, em uma época caracterizada pelo patriarcalismo. Roma tinha como base as Gens, que eram famílias ligadas pela ancestralidade, ou seja, o parentesco (ALVES, 2018).

As Gens formavam as Cúrias, responsável por promover assembleias, estas por sua vez formavam tribos, que resultavam em uma federação e posteriormente em uma cidade. Neste período se encontravam presentes também as famílias classificadas como *comuni iure*, aqueles que tinham parentesco agnado, ou seja, sujeitos ao poder do homem, pai e chefe da família; os cognados de sentido estrito, que têm parentesco tanto pela linhagem proveniente do homem quanto pela da mulher; a *proprie iure*, também submetida ao pátrio poder e finalmente, a família natural, constituída pelo casamento. (ALVES, 2018)

Inicialmente, durante a vigência do pátrio poder, eram atribuídos ao pai os seguintes poderes sobre seus filhos: sobre a vida – *lus vitae et necis*, na qual o genitor tinha o direito de matar o próprio filho;

direito de abandonar os filhos recém-nascidos– *ius exponendi*, estes dois poderes foram extintos com o Império de Justiniano; o direito de vender o filho, que servia como uma fonte de renda para a família, também chamado de *ius vendend*; poder de emancipar, que permitia a exclusão do filho da família e o *noxae diditio*, que consistia na reparação de um ato ilícito, no qual o pai tinha a possibilidade de escolher entre assumir a reparação sozinho ou passar a responsabilidade para o filho. (ALVES, 2018)

Deste modo, até o Código Civil de 1916 prevalecia o poder patriarcal, com a mínima participação da matriarca (BRASIL, 1916). Até que em 1962 entra em vigor a Lei 4.121 (BRASIL, 1962) que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada, dando-lhe independência para tratar de bens e interesses dos filhos, bem como marcando sua emancipação no matrimônio, atribuindo-lhe plena capacidade civil, e consequentemente ampliando sua participação no seio familiar, demonstrada especificamente na alteração à redação do art. 380 do Código Civil de 1916, que a partir desta data, teve a seguinte:

Art. 380 – Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência. (BRASIL, 1916)

Para Carlos Roberto Gonçalves (2020), portanto, o conceito de família teve grande influência do direito romano, canônico e germânico. Nesta mesma época se iniciam as transformações do pátrio poder, inicialmente fornecendo maior autonomia à esposa, que passa a participar das decisões da casa e com relação a vida e direitos da prole (GONÇALVES, 2020).

Com o advento da Lei 6.515 de 1977 (BRASIL, 1977), a mulher começa a ter autonomia no casamento, por exemplo, com a alteração do art. 240 do Código Civil de 1916, que passa a ser a seguinte: “A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.”. No entanto, ainda restou um pouco de limitação, uma vez que a alteração da redação do art. 186 da referida norma manteve, inicialmente, a vontade paterna em caso de divergência de decisões (BRASIL, 1916).

Em seguida, foi declarado na Constituição Federal de 1988, nos artigos 5º e 226, a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, com a importante ressalva de que o poder seria dividido entre o casal, e havendo divergência nas decisões, não prevalece a vontade paterna, imputando a necessidade de recorrer junto ao Judiciário para solucionar o conflito (BRASIL, 1988).

Surge, a partir deste momento, o Princípio da Igualdade entre homem e mulher, que desconsidera a submissão da mulher ao marido, sendo o poder familiar exercido por ambos os cônjuges, de forma simultânea, em igualdade. Bem como incluiu o filho concebido fora do casamento, que antes era considerado ilegítimo, no contexto familiar, atribuindo-lhe todos os direitos que os demais filhos possuem, inclusive o de herança, conforme prevê o art. 227, §6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Buscando estabelecer e proteger as garantias, foi implantando também junto à promulgação da Constituição Federal de 1988, o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, com previsão no art. 227 da Carta Magna, que diz:

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, 1988).

O Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente atua, portanto, como um norte para o ordenamento jurídico, juntamente com o Princípio do Melhor Interesse do Menor, que determina que todas as decisões dos genitores com relação ao filho devem priorizar o seu bem-estar e desenvolvimento (NUCCI, 2020).

Posteriormente, foi sancionada a Lei 8.069 de 1990 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre a proteção da criança e do adolescente, tendo a seguinte redação o art. 21: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”, sendo “pátrio poder” substituído por “poder familiar”.

O Código Civil, em seu art. 1.583 define as modalidades de guarda como unilateral e compartilhada, tendo como critério base para a fixação da guarda a vontade dos genitores, desde que respeitado o melhor interesse do menor. (BRASIL, 2002)

A guarda unilateral, com previsão legal na primeira parte do §1º do art. 1.583 do Código Civil, é atribuída a somente um dos genitores ou a algum substituto, sendo fixada quando um dos pais informa que não deseja a guarda do filho ou quando a paternidade ainda não foi reconhecida.

Conceitua-se a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.” De acordo com a segunda parte do §1º do art. 1.583 do Código Civil. Ao contrário da guarda unilateral, a guarda compartilhada determina que ambos os genitores dividam a tutela, administrando os direitos do menor, sendo estabelecido quantos dias passará com cada parte, além de fixar uma residência (BRASIL, 2002).

Neste sentido, é evidente o desenvolvimento do poder familiar, uma vez que inicialmente a figura paterna detinha poder absoluto sobre os todos os membros de sua família, enquanto atualmente há a equiparação do referido poder entre homem e mulher. Além disto, atualmente os direitos da criança ou adolescente são devidamente resguardados, sendo garantia fundamental o direito a um lar, independente da tutela ser fixada em face da família biológica ou afetiva, desde que seja assegurado o bem-estar da criança (INSTITUTO, 2021).

2. ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental se caracteriza, basicamente, por ser uma campanha negativa realizada por aquele que detém a guarda do menor, em face de um genitor-alvo, objetivando que o vínculo afetivo entre genitor e filho seja rompido. Esse instituto tem previsão legal na Lei 12.318 de 2010, que dispõe em seu §2º o seguinte:

Art. 2º - Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Se enquadra nesta classificação toda atitude realizada com intuito de atrapalhar ou romper o vínculo da criança ou adolescente com um de seus genitores, funcionando os incisos de I a VII do parágrafo único do referido artigo como um rol exemplificativo de condutas.

A interferência no vínculo construído entre pai e filho pode ocasionar graves transtornos emocionais a criança ou adolescente, podendo interferir no ambiente familiar saudável e no seu

desenvolvimento pessoal. Assim, a referida norma busca assegurar um direito básico do incapaz, de convivência segura, afetiva e tranquila com ambos os genitores, sendo dever destes proporcionar o melhor possível aos filhos. (IBDFAM, 2018)

Por se tratar de direito de incapaz, a Lei da Alienação Parental adverte que a prática da alienação parental fere direito fundamental da criança e do adolescente, estabelecendo em seu art. 6º as seguintes penalidades:

Art. 6º - Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

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

(BRASIL, 2010).

Paralelamente ao conceito de alienação parental, surgiu, em 1985, o termo Síndrome da Alienação Parental, como ato decorrente da prática daquela, ou seja, essa síndrome são os reflexos dos efeitos negativos da alienação parental na criança e no adolescente. Só se efetiva após ocorrer, de fato, a manipulação do menor contra o

genitor-alvo, que acaba acreditando na campanha negativa realizada pelo alienador, em razão disto, este pode se negar a conviver com o genitor, podendo até mesmo o próprio filho propagar mentiras com intuito de ferir o próprio pai ou mãe (FREITAS, 2015).

Essa síndrome interfere, portanto, no crescimento da criança ou adolescente, que pode se tornar um adulto traumatizado, ansioso e com enorme sentimento de ódio e culpa, após descobrir a verdade. Por esta razão foi instituída a Lei de Alienação Parental, objetivando assegurar direitos aos menores que deveriam ser protegidos pelos próprios pais, mas que, na maioria das vezes, após uma separação, guardam grande mágoa e utilizam do condicionamento do filho para prejudicar a outra parte (ACOSTA, 2021).

2.1 GUARDA COMPARTILHADA COMO ELEMENTO INIBIDOR DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Como já mencionado, a alienação parental surgiu com a prática de um dos genitores ou quem detiver a guarda ou tutela da criança ou adolescente, influenciá-lo a fim de romper o vínculo criado com o genitor-alvo. Instituída, portanto, a Lei 12.318/10 (BRASIL, 2010), que dispõe acerca do instituto da alienação parental, que prevê punibilidade àquele genitor que a pratica, com intuito de proteger o melhor interesse do menor.

Além do rol exemplificativo da Lei 12.318, outras condutas, como acusação de maus tratos ou abuso sexual também configuram alienação parental, o que caracteriza uma infração grave, podendo o praticante da alienação responder até mesmo pelo crime de falsa denúncia (BRASIL, 2010).

Surgiu assim a possibilidade de a guarda compartilhada atuar como elemento preventivo e inibidor da alienação parental, considerando que o filho conviverá com ambos os genitores no tempo estipulado em decisão judicial, o que reduz as oportunidades que o alienador possui de manipular a criança com mentiras e conversas

infundadas, fornecendo maior convivência com ambos os lados, e evitando que a criança ou adolescente sofra com o afastamento de um dos pais (MADALENO, 2020).

Neste sentido, importante destacar que até mesmo o regime de visitação pode acontecer de forma mais harmônica, considerando os casos em que as visitas são obstadas ou impedidas pelo guardião legal, fato que contribui para que a criança ou adolescente associe o genitor alvo como sendo uma pessoa estranha, que o visita raras vezes – diante do impedimento causado pela outra parte, sem qualquer criação de vínculo afetivo familiar (MADALENO, 2020).

A adoção desta modalidade possibilita também que as decisões que envolvem a vida da criança ou adolescente sejam tomadas em conjunto, observando aquilo que melhor o beneficia, bem como pode melhorar a comunicação entre os genitores, proporcionando a satisfação do menor e a divisão de seu grupo familiar de forma mais pacífica (ROSA, 2015).

Desta forma, pais e filhos aumentam o vínculo preexistente, sem risco de perder sua intimidade. Além de ser uma forma de cuidado com os filhos, que são retirados de um ambiente familiar rotineiro para serem inseridos em uma vida subdividida em duas residências e famílias, fato que atenua a ruptura conjugal e fornece estrutura e apoio emocional às duas famílias. Vale ressaltar que é importante para que o menor se sinta em um lar, a instituição de um quarto para este, desde que seja possível, para que não entenda a permanência na casa do guardião apenas como uma visita (ROSA, 2015).

Por tratar de interesse de incapaz, os processos judiciais que o envolve, independente da natureza, demandam muita atenção, sendo determinada a atuação do Ministério Público como fiscal da lei nos termos do art. 178, II do CPC (BRASIL, 2015). Por tal razão, a decisão do magistrado demanda de um longo procedimento, envolvendo estudos social e psicológico, prova testemunhal e depoimento pessoal, bem como depoimento de pedagogos e perícia médica, se julgar necessário. Neste sentido, assim expõe Douglas Phillis Freitas:

Os peritos multidisciplinares, no momento da averiguação dos fatos, trazem ao processo uma amostra documentada da realidade, mediante seus conhecimentos técnico-especializados, pois eles participaram *in locu* daquilo que o magistrado não pôde vislumbrar.

Por estatística, em torno de 90% das decisões judiciais acolhem parcial ou totalmente o laudo apresentado pelo perito multidisciplinar. O entendimento e a realidade trazidos pela perícia social em um processo judicial são determinantes para o desfecho da lide, podendo inclusive, conforme já se vislumbrou, fundamentar recurso para correção parcial ou total da decisão contrária a ela. (FREITAS, p. 87, 2015)

Nesta esteira, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem o seguinte entendimento diante da comprovação da alienação praticada pela genitora:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS (PRINCIPAL E ADESIVA) - FAMÍLIA - **AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO** - FILHO MENOR - ABUSO SEXUAL DESCARTADO - **ALIENAÇÃO PARENTAL COMPROVADA** - **GUARDA COMPARTILHADA** - **PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA** - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. I - Revelando-se totalmente inverídica a acusação materna de abuso sexual do filho menor pelo pai, consoante inquérito policial e laudos psicossociais realizados sob o crivo do contraditório, imperativo reconhecer a prática de atos de alienação parental, notadamente quando demonstrada a influência negativa da mãe sobre o infante. II - Ao julgador cumpre impor medidas eficazes para eliminar os efeitos nocivos da alienação parental, dentre as quais advertência, multa e acompanhamento psicológico. III - Sem que qualquer elemento probatório a desmereça, inevitável o acolhimento judicial da conclusão do Estudo Psicológico e Social que **recomenda a guarda**

compartilhada do filho menor como a melhor forma de constituir responsabilização conjunta e de garantir o exercício dos direitos e deveres dos genitores. IV - Constatado que a parte litigante alterou a verdade dos fatos, usando o processo para conseguir objetivo ilegal e procedendo de modo temerário no “iter” procedimental, desencadeando incidente manifestamente infundado, impõe-se condená-la por litigância de má-fé, nos termos dos arts. 77, 80 e 81, todos do CPC/15. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.056233-2/004, Relator(a): Des.(a) Peixoto Henriques, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/07/2021, publicação da súmula em 02/08/2021) [grifos dos autores]

No caso *retro*, há presente a grave acusação de abuso sexual contra o menor, supostamente praticada pelo genitor. No entanto, através de estudo psicológico do caso, além do estudo social realizado na residência materna e paterna, ambos realizados através de entrevistas com os genitores e com o filho, bem como a possível oitiva de testemunhas, resta comprovada a tentativa de alienação parental praticada pela genitora diante de tal acusação inverídica, razão pela qual o juízo decidiu pela fixação da guarda compartilhada como solução para garantir à ambos os genitores o direito de convívio com o filho, mantendo seu vínculo afetivo, além de preservar o melhor interesse do menor.

No caso abaixo, comprovada a alienação parental, também após realização de estudos do caso por profissionais qualificados, como assistente social e psicólogos, foi fixado uma multa com objetivo de punir o praticante por cada tentativa do ato de alienação, também com o fundamento de proteger o melhor interesse do menor, e com o fito de garantir que o ato não se repita, conforme se observa:

EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL

C/C REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS - PREPONDERÂNCIA DO DIREITO/ INTERESSE DO MENOR - ESTUDO PSICOSSOCIAL - **DEMONSTRADA A ALIENAÇÃO PARENTAL** E O DESCUMPRIMENTO DO ACORDO DE VISITAS - FIXAÇÃO DE MULTA - MANUTENÇÃO - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. - A melhor doutrina e a atual jurisprudência específica, inclusive deste Tribunal, estão assentadas no pressuposto de que, em se tratando de guarda de menor e direito de visitas, **“o bem estar da criança e a sua segurança econômica e emocional devem ser a busca para a solução do litígio”** (Agravo nº 1.0000.00.234555-1/000, Rel. Des. Francisco Figueiredo, pub. 15/03/2002). - Nesse sentido, se o estudo psicossocial realizado nos autos demonstra que existem indícios de alienação parental por parte do genitor da criança e descumprimento da decisão que deferiu aos parentes maternos o direito de visitas à menor, correta está a decisão agravada, que fixou multa pela prática de alienação parental pelo requerido, em face da sua filha menor e em desfavor dos requerentes, e, ainda, arbitrou multa para cada visita que eventualmente venha a ser por descumprida. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.017878-6/001, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/06/2021, publicação da súmula em 30/06/2021) [grifos dos autores]

Neste aspecto, a família deve figurar como base para a criança e adolescente, sendo seu ponto de refúgio, força e referência. Diante disso, mister se faz a fixação da guarda compartilhada a fim de evitar que uma das partes pratique tal ato, mantendo aquele vínculo entre genitor e filho que se tinha ainda durante o casamento, afinal, a desconstituição envolve marido e mulher, não pai/mãe e filho. Para Carlos Roberto Gonçalves, atualmente:

[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem, no entanto, defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia (GONÇALVES, 2020, p. 7).

Deste modo, é imprescindível que a criança e adolescente tenham um lar com uma família que o apoia emocional e psicologicamente, obtendo direito fundamental de dignidade e proteção à sua vida, tendo como consequência positiva um desenvolvimento equilibrado e saudável.

Nas palavras de Ana Carolina Carpes Madaleno:

É especialmente na família que a criança e o adolescente encontram o espaço comunitário e o afeto essenciais ao seu pleno desenvolvimento, independentemente da forma como se iniciou e como eventualmente se desfez o vínculo afetivo dos pais do infante, porquanto ambos têm a obrigação de propiciar aos filhos um ambiente saudável, seguro e livre de qualquer forma de violência ou de maus-tratos. É no espaço familiar, estejam os pais unidos ou separados, que a criança e o adolescente devem encontrar sua estabilidade e sua socialização, sobre cujos valores e fundamentos formarão sua própria e estável personalidade (MADALENO, 2020, p. 106).

Fixando a guarda compartilhada para o casal, é reduzida a ocorrência de campanhas manipuladoras contra um dos pais, fracionando e equilibrando a autoridade de ambos sobre a criança (FREITAS, 2015). Ainda segundo Douglas Phillips Freitas:

Sempre foi uma necessidade o compartilhamento da guarda para lutar contra a alienação parental, pois, como dito, o nome “Guarda Compartilhada” atinge exatamente aquilo que é mais bem guardado pelo genitor alienador, o sentimento de “posse/propriedade” sobre o filho. “Compartilhar”, para o alienador, é um profundo e eficaz golpe na sua conduta alienadora, pois o filho deixa de ser “meu” para ser “nosso”. (FREITAS, 2015, p. 110)

Sabe-se que a fixação da guarda compartilhada é regra instituída pela Lei 13.058/14 (BRASIL, 2014), desde que ambos os genitores estejam aptos a exercê-la, mas que ainda existem exceções, dada a peculiaridade de cada caso, e considerando o melhor interesse do menor.

Diante do ressentimento entre os genitores, que em determinados momentos não conseguem sequer chegar a uma decisão consensual sobre a vida dos filhos, ou que visam apenas a manipulação da criança para se vingar do outro genitor, sem se preocupar com o bem-estar do próprio filho. Nestes casos, após a determinação de detalhado estudo psicossocial, o juízo poderá decidir pela modalidade de guarda unilateral, com objetivo de evitar uma disputa entre os pais que afete diretamente à criança. (ROSA, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o significativo avanço no número de divórcios no país, havendo litígio entre as partes e contendo interesse de criança e adolescente, estes podem ser os maiores prejudicados, causando reflexos físicos, emocionais e psicológicos.

Na prática, a modalidade de guarda compartilhada tem sido fixada, pois garante um ambiente familiar saudável, refletindo positivamente na vida da criança e do adolescente, além do fato de

impulsionar os genitores à uma melhor comunicação quando houver decisões.

Noutro giro, é reconhecido que a adoção da guarda compartilhada limita a autonomia do pai com relação ao filho, subdividindo-a, no entanto, ainda em minoria dos casos, não é sempre solução, por isso a necessidade de avaliar especificamente cada caso. O que se objetiva é que cada vez os casos de alienação sejam reduzidos, visando sua dizimação.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Niver M. Bossle. *A sutileza que mascara a síndrome de alienação parental*. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-07/acosta-sutileza-mascara-sindrome-alienacao-parental>> Acesso em 03 de março de 2022.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18ª edição. Forense, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 12 de março de 2022.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 1916, 2002. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 12 de março de 2022.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 10 de março de 2022.

BRASIL. **Lei 4.121**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm> Acesso em 12 de março de 2022.

BRASIL. **Lei 6.515**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1977. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm> Acesso em 12 de março de 2022.

BRASIL. **Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção e altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, revoga dispositivos

do Código Civil de 2002 e da Consolidação das Leis do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm> Acesso em 12 de março de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**, dispõe sobre a alienação parental e altera a redação do art. 236 da Lei no 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 12 de março de 2022.

BRASIL. **Lei 13.058**. Estabelece o significado de guarda compartilhada. Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm> Acesso em 10 de março de 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.017878-6/001**, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/06/2021, publicação da súmula em 30/06/2021). Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=4&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=aliena%E7%E3o%20parental%20descumprimento%20acordo&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em 12 de março de 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0000.18.056233-2/004**, Relator(a): Des.(a) Peixoto Henriques , 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/07/2021, publicação da súmula em 02/08/2021). Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=aliena%E7%E3o%20parental%20div%F3rcio%20>>

multa&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> Acesso em 12 de março de 2022.

FEDERAL, Conselho. **Época destaca aumento de divórcios durante a pandemia.** Disponível em: <notariado.org.br/epoca-destaca-aumento-de-divorcios-durante-a-pandemia/> Acesso em 12 de março de 2022.

FREITAS, Douglas P. **Alienação Parental - Comentários a Lei 12.318/2010.** Disponível em: Minha Biblioteca, <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6337-8/epubcfi/6/40\[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter6\]!/4/212/1:59\[ada%2C%20a%20\(4th edição\). Grupo GEN, 2015. Acesso em 12 de março de 2022.](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6337-8/epubcfi/6/40[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter6]!/4/212/1:59[ada%2C%20a%20(4th%20edi%C3%A7%C3%A3o).%20Grupo%20GEN,%202015.%20Acesso%20em%2012%20de%20mar%C3%A7o%20de%202022.)

FROES, Thalita Araújo Madureira. **Guarda compartilhada como forma de prevenção da alienação parental.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341281/guarda-compartilhada-como-forma-de-prevencao-da-alienacao-parental>> Acesso em 24 de fevereiro de 2022.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro v 6 - direito de família.** Disponível em: Minha Biblioteca <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655592511/epubcfi/6/68\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo31.xhtml\]!/4/2/536/1:863\[ume%2Cn%20to\]>](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655592511/epubcfi/6/68[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo31.xhtml]!/4/2/536/1:863[ume%2Cn%20to]>), (18th edição). Editora Saraiva, 2020. Acesso dia 12 de março de 2022.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. **Consequência da alienação parental, estresse tóxico prejudica desenvolvimento neurológico da criança.** 2018. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/6734/>> Acesso em 03 de março de 2022.

INSTITUTO, Geração Amanhã. **Destituição do Poder Familiar**. 2021. Disponível em: <<https://geracaoamanha.org.br/destituicao-do-poder-familiar>> Acesso em 22 de março de 2022.

MADALENO, Ana Carolina C e Rolf. **Alienação Parental - Importância da Detecção Aspectos Legais e Processuais**. Disponível em: Minha Biblioteca, <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992897/epubcfi/6/38\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml18\]!/4/38/1:238\[ias%2C%20ne\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992897/epubcfi/6/38[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml18]!/4/38/1:238[ias%2C%20ne])> (7th edição). Grupo GEN, 2020. Acesso em 12 de março de 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentado**. Disponível em: Minha Biblioteca, (5th edição). Grupo GEN, 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

A PANDEMIA DO COVID-19 E A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL: A CHAGA DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Isaac Ives Oliveira¹

Eduardo de Assis Pinheiro²

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos fundamentais previstos de forma explícita ou implícita na Constituição Federal, Tratados Internacionais e legislação infraconstitucional são direitos de todos conforme preceitua o artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Desse modo não há que negar tais direitos às pessoas presas sob pena de violar norma constitucional e legislação própria para execução das penas determinadas. Contudo, de acordo com MAIA et.al. (2017) o sistema prisional brasileiro tem se revelado frequente violador de direitos humanos resultando em constantes massacres de presos apesar de frequentes intervenções de Comitês Internacionais de Direitos Humanos. A situação ficou ainda mais exposta com a instauração da pandemia do COVID-19.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é demonstrar que a pandemia do COVID-19 expôs ainda mais a permanência do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, o que consiste numa violação generalizada e massiva de direitos humanos declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347 no ano de 2015, inspirado em um precedente de 1997 da Corte Constitucional da Colômbia, cabível em contextos excepcionais de violação de direitos humanos. Para a elaboração deste artigo foi adotado o método de pesquisa teórico-jurídico com raciocínio dedutivo-argumentativo e técnica de pesquisa voltada para a leitura, foram realizadas pesquisas bibliográficas em livros, julgados em Cortes Superiores e artigos disponibilizados na rede de internet. O presente artigo pretende demonstrar que apesar do reconhecimento

dos direitos humanos de forma expressa no ordenamento jurídico o Poder Público manifesta descaso pelo seu cumprimento.

2. A PANDEMIA DO COVID-19 E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A pandemia instaurada pelo COVID-19 no início do ano de 2020, reconhecida pelo Ministério da Saúde na Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN, Portaria nº 188 de 3 de fevereiro de 2020, publicado no Diário Oficial da União em 04/02/2020, trouxe com seus males a necessidade de mudanças drásticas no convívio social ante o risco evidente de morte dos contaminados. Afetou diretamente todas as formas de convivência: profissional, lazer, religiosa, educacional, etc.

Conforme afirmado na Recomendação nº 62 do CNJ sobre o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, a pandemia atingiu, também, de forma grave, a vida de milhares de pessoas presas que devido à precariedade do sistema carcerário brasileiro ficaram de forma mais vulneráveis expostas às consequências do contágio e disseminação da doença, em razão dos contatos com visitas familiares, bem como, com os agentes servidores públicos do sistema prisional, produzindo um risco significativo para a segurança e a saúde pública de toda a população.

Considerando a previsão Constitucional do artigo 103-B, § 4º, I, II e III da CF/88, a pandemia implicou num desafio ao Poder Judiciário, responsável pelos decretos de prisão preventiva e controle jurisdicional da execução da pena àqueles já sentenciados.

A gravidade da situação obrigou os Poderes Públicos, inclusive o Poder Judiciário, a tomar medidas jurídicas para o enfrentamento da pandemia no sentido de diminuir a contaminação e os riscos da disseminação no sistema penitenciário.

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, no âmbito de suas atribuições, após declaração pública da Organização Mundial da Saúde – OMS em 11 de março de 2020 sobre a situação de pandemia

do novo corona vírus – COVID-19, publicou no dia 17 de março de 2020 a Recomendação nº 62 dirigida aos Tribunais e Magistrados, para que fosse tomada medidas jurídicas preventivas e sanitárias no intuito de conter a propagação do novo coronavírus.

Dentre outras medidas, para esvaziar as unidades prisionais e diminuir a aglomeração de pessoas, foi recomendada a revisão das prisões preventivas e sua excepcionalidade nos termos dos artigos 312 e 316 do Código de Processo Penal; a colocação em regime de prisão domiciliar e sob monitoramento eletrônico das pessoas presas em cumprimento de pena em regime semiaberto e aberto.

De acordo com dados publicados na página do Senado Federal no dia 05/05/2020 às 11h29min, com base em números enviados pelos governos estaduais, o DPEN – Departamento Penitenciário Nacional fez um levantamento preliminar e estimou um número de 30 mil apenados colocados em prisão domiciliar após a edição da Recomendação 62 do CNJ, e o departamento informa que não vê óbice nesse tipo de medida “desde que direcionada tecnicamente aos privados de liberdade aptos ao benefício”.

A adoção de tais medidas provocou uma reação imediata na sociedade civil que alegou risco, manifestação de insegurança, sentimento de impunidade e desrespeito às leis. Houve manifestação de parlamentares do Senado Federal com críticas à Recomendação nº 62 do CNJ que, segundo alguns parlamentares tais medidas estariam a beneficiar detentos de alta periculosidade com alvarás de soltura ou prisão domiciliar.

3. DA EXECUÇÃO PENAL

O Estado possui o monopólio de julgar e punir, ou seja, o Estado detém o poder de julgar e punir aquele que pratica um delito, uma conduta prevista na lei como crime e sancionada com uma pena, vedada, dessa forma, a autotutela, a prática da justiça com as próprias mãos. Em um Estado Constitucional, Democrático e de Direito aquele que, após condenado em processo justo deverá ser submetido à

execução da pena. De acordo com os ensinamentos de LOPES Jr. (2020, p.38):

“O processo penal atrela-se à evolução da pena, definindo claramente seus contornos quando a pena adquire seu caráter verdadeiro, como pena pública, quando o Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados. Assim, a titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça”.

3.1. A PENA DE PRISÃO E A DIGNIDADE HUMANA

A pena de prisão não foi sempre a punição aplicada, não era o resultado de uma condenação, tinha natureza cautelar. Os registros históricos nos mostram que a prisão era como um depósito servia apenas para a contenção dos réus até o momento de serem julgados ou executados. Conforme ensina GRECO (2017, p. 100):

“Se o destino do réu seria algum trágico sofrimento, como consequência lógica desse raciocínio, nunca houve preocupação com sua custódia cautelar, ou seja, os acusados ficavam, normalmente, presos em lugares fétidos, em masmorras, sem alimentação adequada, privados, muitas vezes, do sol e do próprio ar; enfim, as condições dos cárceres provisórios existentes na Idade Média não distanciavam daquilo que conhecemos nos dias de hoje, principalmente em países em fase de desenvolvimento ou emergentes, como ocorre em muitos países da América Latina, a

exemplo do Brasil, Colômbia, da Bolívia, do Paraguai, da Argentina, etc.”.

A pena de prisão como principal sanção pela prática da infração penal teve seu marco na virada do século XVIII para o XIX. De acordo com GRECO (2017, p. 133): “A virada do século XVIII para o século XIX, principalmente por conta dos revolucionários franceses, dos iluministas, que se rebelaram contra esse sistema cruel e desumano, fez com que as penas corporais, infamantes, fossem sendo deixadas de lado”.

Com o iluminismo e o surgimento dos Estados de Direito, filósofos e juristas se dedicaram ao estudo sobre os fins e a aplicação da pena. Vários autores passaram a maior parte de suas vidas na luta pela reforma do sistema penitenciário. John Howard que viveu nos anos de 1726 a 1790 é apontado como o responsável pelo início de uma luta interminável pela humanização das prisões. Conforme os ensinamentos de Bittencourt (2017, pág. 77):

“Howard separa claramente o direito penal da execução penal. Segundo ele, sob o ponto de vista do primeiro, devia manter-se a tese retributiva e intimidativa da pena, aceitando como possível, nesse contexto, a reforma do réu durante a execução da pena. “A obra de Howard apresenta todo um programa de idéias que hoje constitui em grande parte o núcleo dos sistemas penitenciários vigentes com ele nasce a corrente penitenciária que revolucionaria o mundo das prisões, tornando-as mais humanas e dotando a execução penal de um fim reformador.”

No final do século XVIII, conforme registra os livros de história vemos a queda dos Estados Absolutistas e o aparecimento do Estado de Direito passou a ter um significado fundamental para o desenvolvimento das sociedades, pois, a afirmação e o reconhecimento dos direitos naturais do ser humano passaram a fundamentar a

organização das sociedades políticas no mundo a partir de então. De acordo com BITTENCOURT (2017, pág. 127):

“Convém registrar que a uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade. Destaque-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem outras formas de controle social – algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio Direito Penal –, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados em uma organização socioeconômica específica. Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados. Com efeito, é evidente a relação entre uma teoria determinada de Estado com uma teoria da pena, e entre a função e finalidade desta com o conceito dogmático de culpabilidade adotado. Assim, como evolui a forma de Estado, o Direito Penal também evolui, não só no plano geral, como também em cada um dos seus conceitos fundamentais. A função do Direito Penal depende da função que se atribui à pena e à Medida de Segurança, como meios mais característicos de intervenção do Direito Penal.”

Os Estados Democráticos de Direito, fundados no respeito à dignidade da pessoa humana e garantia de direitos fundamentais, passaram a adotar em seus ordenamentos jurídicos a aplicação de penas privativas de liberdade com prazo e forma de cumprimento estabelecido na lei, voltados para uma função, além da retributiva e preventiva, ressocializadora da pena. Dessa forma o infrator ao ser punido receberia, ou pelo menos deveria receber simultaneamente ao castigo uma reeducação para o retorno ao convívio social. Porém, não demorou muito e conhecemos a crise na aplicação da pena privativa

de liberdade. De acordo com os ensinamentos de GRECO (2017, pág. 168):

“Nos países da América Latina, principalmente, os presídios transformaram-se em verdadeiras “fábricas de presos”, que ali são jogados pelo Estado, que não lhes permite um cumprimento de pena de forma digna, que não afete outros direitos que lhe são inerentes.

A superlotação carcerária começou a ser a regra das prisões. Juntamente com ela, vieram as rebeliões, a promiscuidade, a prática de inúmeros crimes dentro do próprio sistema penitenciário, cometidos pelos próprios presos, bem como por aqueles que, supostamente, tinham a obrigação de cumprir a lei, mantendo a ordem do sistema prisional.”

O Estado se tornou o maior violador dos direitos humanos fundamentais esculpidos em seus ordenamentos e a prisão passou a ser um fator criminógeno desastroso ao apenado e à sociedade. A precariedade da assistência material nas prisões provoca efeitos nefastos à saúde dos detentos, a disciplina carcerária, nem sempre bem empregada, traz graves consequências psicológicas, resultantes de um processo natural do isolamento criam um automatismo de mentira, dissimulação capaz de aprofundar a tendência criminosa do recluso. A desadaptação do meio social resultado de um longo período de isolamento e o convívio em celas superlotadas em situações degradantes torna ainda mais difícil a reinserção social e promove o ingresso do recluso, em definitivo, no mundo criminal.

A naturalidade da violação dos direitos humanos encontra-se em patamares tão graves e com tendências a piorar. A mídia, com ampla abrangência, que atualmente pode ser considerada um quarto poder, influencia sobremaneira a população. Ao perceber o destaque que daria as notícias ligadas ao crime, na busca pela audiência, tornou-se

um dos principais difusores dos desrespeitos aos direitos humanos. Segundo pontua GRECO (2017, pág. 73):

“Essa mobilização constante e ininterrupta da mídia conseguiu sacudir os alicerces do princípio da dignidade humana no que diz respeito aos direitos dos presos. A sociedade, atemorizada pelos fatos expostos pelos meios de comunicação de massa, passou a concordar com as conclusões da mídia e a solicitar também uma resposta rápida, por parte do Estado, no que diz respeito ao aumento da criminalidade. Os direitos dos presos passaram a ser tratados com repúdio. A expressão *direitos humanos* começou a ser entendida de forma equivocada; a mídia se encarregou de perverter o seu real significado. Assim, quando a população em geral ouve dizer que os direitos humanos devem ser preservados, automaticamente faz ligação entre direitos humanos e direitos dos presos e, conseqüentemente, passam a questionar a sua necessidade. A indignação, basicamente, diz respeito ao fato de que a mídia, de forma pejorativa, somente menciona que estão tentando proteger os direitos humanos daqueles que praticou uma infração penal, e se esquecem dos direitos da vítima, bem como dos da sua família.”

Dessa forma a mídia se encarregou de fazer com que a sociedade veja com desprezo os direitos humanos e sinta satisfação com o sofrimento dos presos sem se importar com os seus limites, sua legalidade ou ilegalidade.

4. O DIREITO PENAL BRASILEIRO

A legislação penal brasileira passou por várias mudanças desde a chegada da família real portuguesa em 1808 quando vigorava as Ordenações Filipinas. Tivemos o Código Criminal do Império de 1830

que vigeu até 1886, com a proclamação da República em 1889, foi aprovado em 1890 um novo código penal que vigeu até 31.12.1941. Em 1940 o projeto de um novo código penal foi elaborado por Alcântara Machado, conforme ensina ZAFFARONI (2018, 13^a ed., pág. 202):

“O projeto Alcântara Machado foi submetido a uma comissão revisora, integrada por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Marcelo de Queiroz e Vieira Braga, que contou com a colaboração de Antônio José da Costa e Silva. Alcântara Machado revisou o seu projeto, em atenção às observações da comissão. Não obstante, a comissão continuou trabalhando sob a presidência do próprio Ministro da Justiça, Francisco Campos, e apresentou o projeto definitivo ao governo em 04.11.1940, que veio a ser sancionado em 07.12.1940, entrando em vigor em 01.01.1942.”

O código foi sancionado sob a vigência da Constituição de 1937, uma Constituição autoritária, porém, a doutrina e a jurisprudência atenuaram sua aplicação. Em 1961 o grande penalista brasileiro Nelson Hungria foi encarregado da elaboração de um novo código penal, cujo texto publicado em 1963 foi sancionado em 21.10.1969, pelo governo militar, no entanto, com sua vigência sucessivamente prolongada, acabou derogado pela lei 6.578 de 11.10.1978.

No ano de 1984 o Direito Penal Brasileiro passou por uma importante reforma com uma comissão presidida por Francisco de Assis Toledo e a aprovação da Lei 7.209 que alterou a parte geral do Código Penal. A reforma apresenta uma nova linha político-criminal mais conforme aos direitos humanos, com importantes mudanças, dentre as quais, a adoção de um sistema de cumprimento de pena progressivo em regime fechado, semiaberto e aberto, a possibilidade da concessão de livramento condicional, a eliminação da prisão perpétua para o limite da pena em trinta anos com fins de humanizar a pena privativa de liberdade.

No mesmo ano e dia – 11/07/1984 – aprovou-se a Lei 7.210, a Lei de Execução Penal que já no seu artigo 1º traz expresso o objetivo de efetivar os dispositivos de uma sentença criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Segundo CUNHA (2020, p. 60): “(...), que os sistemas de punição evoluíram de forma a tornar, tanto quanto possível, mais humana a execução da lei penal, evitando que os agentes criminosos sejam submetidos a punições que extrapolem as efetivas finalidades da pena”.

Com o advento da redemocratização no Brasil e a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme MACHADO (2021, p.94):

“Em 27 de novembro de 1985, por meio da Emenda Constitucional nº 26, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte com a finalidade de elaborar o novo texto constitucional, o qual deveria expressar a realidade social pela qual passava o Estado brasileiro, que vivenciava uma fase de transição da ditadura para a democracia (processo de redemocratização). (...) No dia 05 de outubro de 1988, a Constituição inaugurou novo arcabouço jurídico-institucional, com o reconhecimento e a ampliação de liberdades civis. Muitas foram as inovações e incalculáveis foram os benefícios em relação aos direitos fundamentais”.

Inaugurou-se um período de maior democracia da nossa história, um importante avanço na conquista de direitos humanos fundamentais.

A Constituição é fonte e limite do Direito Penal ao prever no seu artigo primeiro a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, no artigo 5º um rol de direitos fundamentais como: devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, espécies de pena, individualização da pena. Segundo CUNHA (2020, p. 62):

“A Constituição Federal situa-se no rol das fontes imediatas. Muito embora, a lei detenha a exclusividade no tocante à criação das infrações penais e das respectivas sanções, não se pode deixar de constatar que a Carta Magna nos revela direito penal, estabelecendo alguns parâmetros abaixo dos quais a intervenção penal não se pode reduzir”.

A doutrina ensina que, embora a Constituição não tenha definido expressamente, a pena deve ser individualizada para evitar a padronização da sanção penal. Jeremy Bentham – 1748 a 1832 – o primeiro a reconhecer a importância da arquitetura penitenciária, ensinava que “a pena não deve ser infligida para o mesmo delito a todos os delinquentes, sem exceção: é necessário considerarem as circunstâncias que influem sobre a sensibilidade”. A Constituição Federal de 1988 prevê, também, no seu artigo 5º, inciso XLIX a garantia aos presos do respeito à integridade física e moral, portanto, é dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se aos presos os seus direitos fundamentais não alcançados pela sentença judicial.

O populismo penal que inverte a compreensão do direito penal como um limite ao poder punitivo do Estado se curva ao clamor popular de que os males da insegurança social podem e devem ser resolvidos rapidamente com leis punitivas severas intensificando uma ideologia de lei e ordem. A mídia e os políticos são agentes fundamentais para o movimento que tem como eixo a população a ser manipulada conforme os interesses.

A lei 13.964 aprovada em 24/12/2019, denominada pacote anticrime, com o fim de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, mas também para atender um anseio social de impunidade propalado no meio midiático, alterou o artigo 112 da Lei de Execução Penal para incrementar maior rigor no cumprimento de pena e progressão de regime. Com a nova lei as pessoas presas pela prática de crimes hediondos com resultado morte, comando individual ou

coletivo de organização criminosa, constituição de milícia privada, terão que cumprir a metade (50%) da pena em regime fechado, 60% se reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado e 70% da pena caso seja reincidente na prática de crime hediondo com resultado morte, além de não ter direito ao benefício do livramento condicional.

Ante o rigor da lei, não há que se falar em impunidade na execução das penas aplicadas àqueles que praticaram crimes mais graves, aliado ao tempo do cumprimento da pena cite-se a situação precária do sistema prisional pela carência de vagas que gera uma superlotação e condições insalubres das unidades prisionais que submetem a condições subumanas os presos e os agentes públicos responsáveis pela execução penal.

O dever de respeitar a integridade física e moral do preso, já inscrito em norma Constitucional desde 1967, está previsto na Constituição de 1988 e nos artigos 10 e 11 da Lei de Execução Penal, portanto, direito subjetivo do preso é dever do Estado.

De acordo com levantamento realizado pelo CNJ, informações consolidadas do Departamento Penitenciário Nacional (2017), o Brasil ocupa o terceiro lugar entre os países que mais encarceram no mundo. No ano de 2020, 18 de fevereiro, a CONECTAS, organização não governamental para proteger, efetivar e ampliar direitos humanos publicou a notícia de que o Brasil se mantém como o terceiro país que mais encarcera no mundo com uma população carcerária de 773.151 pessoas presas, cujo levantamento era do Ministério da Justiça referente a junho de 2019, com 268.438 presos provisórios, o que equivale a 34,7% da população carcerária nacional.

4.1. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana é um tema que ganhou destaque a partir do pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII influenciando os pensamentos dos intelectuais da época. A concepção da dignidade humana alcançou um ponto culminante com Immanuel Kant,

importante iluminista que construiu uma noção de dignidade fundada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, para Kant a dignidade é um valor que não tem preço, não pode ser substituída por um equivalente, a dignidade reúne um conjunto de valores essenciais para que a vida do ser humano valha a pena.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III elegeu a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República, reconhecendo-a como um princípio e valor fonte de todo o sistema constitucional. Desse modo, a normatização constitucional da dignidade da pessoa humana exige um núcleo mínimo, que albergue e obrigue a realização das conquistas civilizatórias de direitos humanos fundamentais sociais.

Conforme ensina Nuria Belloso (apud, GRECO, 2017, p. 44):

“O Estado Constitucional não é somente aquele que consagra a primazia da Constituição, a reserva de Constituição e o protagonismo da jurisdição constitucional, senão que é o marco jurídico-político de reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais, tanto os de primeira, como os de segunda, como os de terceira geração. Todos eles não podem ficar ancorados em uma mera formulação positivista, sem consequências. Os princípios, os valores, os sentidos teleológicos dos direitos fundamentais devem vir de guia para que os poderes públicos implementem as políticas públicas necessárias para que os direitos fundamentais, principalmente os sociais, sejam uma realidade.”

A previsão constitucional dos direitos fundamentais destina-se à proteção da dignidade humana. Segundo MORAES (2006. 7ª ed., pag. 3):

“A constitucionalização dos direitos fundamentais não significou mera enunciação de princípios, mas

a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir uma tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.”

A limitação dos abusos do poder do Estado e a consagração de direitos e princípios fundamentais encontram-se esculpidos em normas constitucionais.

A obediência e aplicação dos direitos fundamentais devem ser observadas em todas as áreas de convivência. De acordo com Greco (2017, pag. 67): “Na seara penal, o princípio da dignidade da pessoa humana serve como princípio reitor de muitos outros, tal como o princípio da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da proporcionalidade etc., que nele buscam seu fundamento de validade.”

Do texto da Constituição Federal extraímos as diretrizes de direitos fundamentais implicados ao direito penal e a execução penal, tais como: a não tortura, a incolumidade física, a individualização da pena, o devido processo legal, as espécies de penas aplicadas e limites ao poder punitivo do Estado.

5. LIMITAÇÕES DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

Em um Estado Constitucional e Democrático de Direito a Constituição é o documento normativo sede dos direitos fundamentais e das limitações ao direito de punir do Estado. De acordo com os ensinamentos de GRECO (2017, pag. 75) temos:

“Dentro da concepção de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, os princípios penais

fundamentais, expressos ou implícitos nos textos constitucionais, funcionam como limites internos do *ius puniend*, tendo todos eles como norte o princípio da dignidade da pessoa humana. Em que pese haver alguma divergência doutrinária quanto ao número de princípios que serviriam de limitação interna ao poder punitivo do Estado, bem como a sua classificação, podemos destacar os seguintes: a) princípio da intervenção mínima; b) princípio da lesividade; c) princípio da adequação social; d) princípio da legalidade; e) princípio da individualização das penas; f) princípio da proporcionalidade; g) princípio da responsabilidade pessoal; h) princípio da limitação das penas; i) princípio da culpabilidade; j) princípio da igualdade; k) princípio da justicialidade; princípio da liberdade.”

A despeito da previsão expressa no texto constitucional, o Estado é o maior violador desses direitos, logo quem é o maior responsável pela sua observância. Conforme ensina GRECO (2017, pag. 68):

“No que se diz respeito ao sistema penitenciário, como se percebe, parece que o desrespeito pela dignidade da pessoa pelo Estado é ainda mais intenso. Parece que, além das funções que, normalmente, são atribuídas às penas, vale dizer, reprovar aquele que praticou o delito, bem como prevenir a prática de futuras infrações penais, o Estado quer vingar-se do infrator, como ocorria em um passado não muito distante, fazendo com que se arrependa amargamente pelo mal que praticou perante a sociedade, na qual se encontrava inserido.

(...) O Estado deixa de observar o princípio da dignidade da pessoa humana seja fazendo, ou mesmo deixando de fazer algo para preservá-la. O sistema carcerário, nosso tema principal, é um exemplo clássico desse raciocínio. Veja-se o que ocorre em inúmeras penitenciárias brasileiras, onde presos

são espancados por seus próprios companheiros de cela e o Estado (representado ali por seus agentes públicos), que deveriam protegê-los, nada faz para evitar esse espancamento, pois, no fundo, aprova que os presos se agridam, ou mesmo que causem a morte uns dos outros.”

Historicamente o sistema penitenciário brasileiro é marcado por deficiências graves: falta de orçamento; despreparo do pessoal técnico; ociosidade dos presos; superlotação são fatores que contribuem diretamente para motins, rebeliões e massacres.

6. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O sistema prisional e o sistema socioeducativo do Brasil são conhecidos por problemas graves, seja por falta de vagas suficientes à demanda de pessoas presas, seja pelo problema estrutural decorrente da ausência de políticas públicas no sentido de adequação à realidade prisional brasileira.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, no ano de 2015, declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, decorrente das condições desumanas no sistema carcerário pela falta de implementação de políticas públicas para garantia dos direitos das pessoas presas. O STF inovou ao apresentar o instituto ao ordenamento jurídico brasileiro, o ECI - Estado de Coisas Inconstitucional é um instituto criado pela Corte Constitucional Colombiana e declarado quando se depara com uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais. O decreto de tal estado de coisas implicou a determinação de medidas estruturais a serem monitoradas pela corte com o auxílio dos demais poderes.

Por conta da ADPF 347 o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 56 com o seguinte enunciado: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. É o reconhecimento explícito da falha na aplicação da lei penal, assim como na execução da pena, pois, se necessário que a Suprema Corte determine medidas que respeitem a previsão da lei é porque não só o Poder Executivo, também o Poder Judiciário anda a descumprir.

6.1 A PERMANÊNCIA DE UM ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Decorridos 5 (cinco) anos da decisão na ADPF 347 o CNJ realizou um balanço para avaliar os avanços realizados pelas medidas tomadas após a decisão da ADPF e verificou-se que muito pouco ou nada mudou referente a situação anterior, pois, o encarceramento continua crescendo, as condições degradantes permanecem e a violação dos direitos fundamentais perpetuam como no descaso de outrora.

Uma decisão do STJ demonstra a falta do Poder Judiciário no respeito à Constituição, às leis e à jurisprudência conforme se depreende de um trecho do julgado no HC 596.603/SP, decisão da sexta turma do STJ, DJe no dia 22/09/2020, relatoria do ministro Rogério Schietti:

(...)“3. Há anos são perceptíveis, em um segmento da jurisdição criminal, os reflexos de uma postura judicial que, sob o afirmado escudo da garantia da independência e da liberdade de julgar, reproduz política estatal que se poderia, não sem exagero, qualificar como desumana, desigual, seletiva e preconceituosa. Tal orientação, que se forjou ao longo das últimas décadas, parte da premissa equivocada de que não há outro caminho, para o autor de qualquer das modalidades do crime de tráfico – nomeadamente

daquele considerado pelo legislador como de menor gravidade –, que não o seu encarceramento.”(...)

Como demonstra o julgado ficou evidente que o próprio judiciário renitente na observância da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores contribui para a superlotação carcerária e o estado de coisas inconstitucional na execução das penas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Conselho Nacional de Justiça ao recomendar aos Tribunais e aos Magistrados a tomarem medidas jurídicas de colocação em liberdade nos termos da lei, as pessoas presas e observarem a excepcionalidade exigida no ordenamento jurídico para a decretação de prisão preventiva com fins de reduzir e/ou evitar aglomeração, superlotação carcerária reconhece a permanência do Estado de Coisas Inconstitucional declarado na ADPF 347 e a falta de posturas dos Poderes Públicos para as providências necessárias. Demonstra, também, que o próprio Poder Judiciário renitente na observância das leis e jurisprudências dos Tribunais Superiores contribui diretamente para a instauração e prevalência desse estado de coisas. A consequência é a exposição da violação massiva e generalizada dos direitos humanos fundamentais fruto de um processo de lutas e conquistas do povo que representam um progresso da humanidade.

REFERÊNCIAS

Recomendação nº 62, de março de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf>. Acesso em: 23 de fev. 2022.

ESPIN, Portaria nº 188. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 16 de mar. 2022.

Guia de formação em alternativas penais. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/guia-de-formacao-em-alternativas-penais-I-postulados-principios-e-diretrizes_eletronico.pdf. Acesso em: 23 de fev. 2022.

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/>. Acesso em: 24 de fev. 2022.

Senado notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/05/senadores-criticam-liberacao-de-presos-durante-a-pandemia>. Acesso em: 24 de fev. 2022.

Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 24 de fev. 2022.

Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 25 de fev. 2022.

HABEAS CORPUS Nº 596.603 - SP (2020/0170612-1). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/>

noticias/08092020%20HABEAS%20CORPUS%20N%C2%BA%20596603.pdf. Acesso em: 25 de fev. 2022.

Conectas Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 25 de fev. 2022.

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf. Acesso em: 26 de fev. 2022.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula815/false>. Acesso em: 26 de fev. 2022.

Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 20 de mar. 2022.

Lei de Execução Penal nº 7.210, 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 de mar. 2022.

Decreto-Lei nº 3.689, 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 21 de mar. 2022.

GRECO, Rogério, Sistema Prisional: Colapso atual e soluções alternativas. 4 ed. Niterói, RJ: Editora Impetus Ltda. 2017.

BITTENCOURT, Cezar Roberto, Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas. 5 ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 13 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2019.

MORAES, Alexandre de, Direitos Humanos Fundamentais: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo. 2006.

MAIA, Clarissa Nunes ... [et. al], História das Prisões no Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Rocco Ltda. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches, Manual de Direito Penal: Parte Geral. 8ª ed. Salvador, BA: JusPODIVM. 2020.

MACHADO, Diego Pereira, Direitos Humanos. 6ª ed. Salvador, BA. JusPODIVM. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury, Direito Processual Penal. 17ª ed. São Paulo, SP. Saraiva. 2020.

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

LIMITES AO PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Vinicius Rodrigues Vilela¹

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro²

INTRODUÇÃO

A legislação brasileira criou diversos órgãos com diferentes funções no pátrio ordenamento jurídico. As funções de investigar e acusar são originariamente atribuídas cada uma ao seu órgão competente, buscando principalmente evitar uma concentração de poderes nas mãos de uma só entidade, a fim de reduzir as incidências de abusos e ilegalidades.

Nessa perspectiva, há um bom tempo vem se discutindo quais seriam os limites do poder de investigação criminal realizado pelo Ministério público, ou até se, essa competência é constitucionalmente legal. Uma parte da doutrina se mostra contrária a essa competência, e a outra, que também vai na mesma linha de pensamento majoritário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendem que a investigação criminal realizada pelo Ministério está garantida na constituição.

O presente artigo tem como objetivo analisar brevemente do que se trata a investigação criminal e quem pode realizá-la, bem como investigar qual é o limite constitucional da investigação criminal realizada pelo Ministério Público, como esse órgão está perante a constituição, e sua estrutura funcional. Além disso, será analisado o julgamento do RE 593727 do Supremo Tribunal Federal que decidiu sobre o assunto no ano de 2009.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Faminas – Muriaé. viniciusvilela019@gmail.com

² Professora de Direito do Centro Universitário Faminas – Muriaé. Mestre em Direito pela UCP. Especialista em Direito Processual Contemporâneo pela UFRRJ. Advogada.

1. DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A constituição Federal de 1988 trata da instituição Ministério Público nos artigos 127 a 130. Logo no primeiro artigo desse capítulo, percebe-se que o legislador conceituou o que é o Ministério público, e, ao mesmo tempo, deu ênfase a grande importância que o tem para o Estado Democrático de Direito: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (BRASIL, 1988)

Tal importância fica evidente quando o artigo menciona que o Ministério público é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, ou seja, além de reconhecer a necessidade que essa instituição permaneça com caráter *ad aeternum*, também a coloca como indispensável para a boa aplicação da lei no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um verdadeiro órgão facilitador para que seja concretizada a justiça. Essa característica fica mais evidente na parte final do artigo, quando incumbe ao Ministério público a defesa do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Já no parágrafo primeiro do mesmo artigo, são descritos sob quais princípios o MP deve agir, sendo eles: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Pelo princípio da unidade, entende-se que mesmo havendo vários Ministérios Públicos, a unidade só existe dentro de cada um deles, e não entre os mesmos. Dessa forma, cada Ministério Público está sob a direção de um só Procurador-Geral.

Sobre o princípio da indivisibilidade, o Ministro Alexandre de Moraes afirma na sua obra de Direito Constitucional que “O Ministério Público é uno porque seus membros não se vinculam aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros de acordo com as normas legais”. (MORAES, 2021)

Fica evidente que, a indivisibilidade não fere o princípio da unidade anteriormente mencionado, mas demonstra que esse princípio permite uma maior autonomia dentro do órgão no que diz respeito aos processos em andamento e os promotores responsáveis.

Já pela independência funcional, segundo Rodrigo Padilha “significa que os membros do Ministério Público não estão sujeitos às ordens de quem quer que seja, devendo prestar contas somente à Constituição, leis e sua consciência”. Ele explica ainda que há hierarquia administrativa, mas não há hierarquia funcional. (PADILHA, 2019)

Logo, os princípios que regem o Ministério público podem ser reconhecidos como verdadeiras colunas que sustentam essa instituição, trazendo ao ordenamento jurídico um órgão que é autônomo, independente, indivisível e que zela pelo bom funcionamento da justiça.

1.2 ESTRUTURA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em se tratando da estrutura do Ministério público, o art. 128 divide essa instituição em Ministério público da União e Ministério público dos Estados, sendo que, o primeiro abrange os Ministérios públicos Federal, do Trabalho, Militar, do Distrito Federal e territórios.

Art. 128. O Ministério Público abrange: I - o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II - os Ministérios Públicos dos Estados.

Vale ressaltar que, apesar de não estar mencionado no artigo acima, também há a presença do Ministério Público Eleitoral, sendo

este composto por membros do Ministério público Federal e dos Estados, da seguinte forma:

O Procurador-Geral eleitoral e seu vice, são oriundos do Ministério Público Federal, e tem atuação direcionada para eleições presidenciais. Os procuradores Regionais Eleitorais, também pertencem ao órgão de nível federal, atuando diretamente nas eleições estaduais e distritais. Já os Promotores Eleitorais, diferente dos dois anteriores, são membros do Ministério Público Estadual, e exercem seus cargos nas eleições municipais.

1.3 ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No caput do artigo 127 são descritas as principais atribuições do Ministério público, sendo elas divididas em quatro principais funções: Defesa da ordem jurídica, defesa do regime democrático, defesa dos interesses sociais e a defesa dos interesses individuais indisponíveis.

Quando se fala em defesa da ordem jurídica, pode se entender que o MP age como fiscalizador do cumprimento efetivo de todas as leis reproduzidas no país, bem como as provenientes de tratados e acordos internacionais pelo qual o Brasil faça parte.

A defesa do regime democrático está ligada ao cuidado para que se mantenha a ordem jurídica no país, ou seja, há um zelo pelo Estado democrático de direito e o respeito aos princípios constitucionais e infraconstitucionais. E a defesa dos interesses sociais, e individuais indisponíveis, coloca o Ministério público como órgão atuante na preservação dos direitos individuais, e acima de tudo, coletivos, agindo de diversas formas no ordenamento jurídico brasileiro com o propósito de manter a ordem e paz social. Essa atribuição é bem evidente na atuação dos promotores ao oferecerem denúncias de crimes, quando tem interesse de incapaz etc.

Rodrigo Padilha entende que existem diversas formas de exercício das quatro principais atribuições do Ministério Público, visto que, o art. 129, inciso IX, autoriza o Ministério Público a exercer

“outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. Essas diversas formas são exemplificadas no art. 129. (PADILHA,2019)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Adiante, será tratado sobre a investigação criminal, seu conceito, finalidade e agentes investigadores.

2. DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Em aspectos gerais, dentre as diversas atribuições estatais, uma delas é a de investigar condutas que sejam contrárias aos princípios que regem aquela sociedade e que estão normatizados em regras que não devem ser quebradas. Isso se dá pela busca por uma harmonia social em que as pessoas possam viver bem, felizes e com seus direitos garantidos. Por outro lado, apesar dessa idealização de bom convívio social, é fato que sempre houve uma parcela dos indivíduos que fazem parte dessa sociedade, que por vezes, acabam infringindo uma ou mais normas, sejam elas de caráter moral ou legal.

Independente do motivo que tenha servido de impulso para o cometimento de um delito, o Estado por meio de sua administração pública utiliza-se de todo seu aparato para investigar, apurar os fatos, e se for necessário condenar ou absolver o acusado. A isso, dá-se o nome de persecução penal, que pode ser melhor definido como um "caminho" processual penal até a sentença.

2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Segundo Bruno Freire de Carvalho, pode-se conceituar a investigação criminal como "a atividade pré-processual de produção e colheita de elementos de convicção (evidências) acerca da materialidade e autoria de um fato criminoso". (CALABRICH, 2006)

Fica evidente segundo essa definição que a investigação é anterior ao processo, com objetivo apenas de coletar elementos que possam servir de convicção para o esclarecimento dos fatos e oferecimento da denúncia se assim entender necessário o Ministério Público.

Vale salientar que, no direito processual penal brasileiro, o legislador entendeu que para preservar a eficiência da investigação

criminal, é necessário que ela ocorra em sigilo. Esse é um dos princípios que regem a investigação criminal, e de fato, tem um grande valor para garantir que o investigado ou qualquer outra pessoa não atrapalhem a verificação dos fatos ou até destrua provas. Portanto, fica claro que a finalidade da investigação criminal é a apuração do fato e da responsabilidade do sujeito praticante do crime.

2.2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELA POLÍCIA

A competência para investigar da polícia judiciária está descrita no art. 4º do Código de Processo Penal

Art. 4º: A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá pôr fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função (BRASIL, 1941).

Essa apuração mencionada no artigo acima, é realizada por meio do inquérito policial, que se trata de um procedimento administrativo que busca investigar a autoria e materialidade de um fato. Vale ressaltar que, embora esteja falando de inquérito policial, nos termos do parágrafo único do referido artigo, nada impede que outras autoridades administrativas sejam cometidas na mesma função. A exemplo das comissões parlamentares de inquérito, e do inquérito policial militar.

Paulo Rangel conceitua o inquérito policial como “um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios – *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério

Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal". (RANGEL, 2021)

Este procedimento é de grande importância para se assegurar o princípio constitucional da legalidade, visto que, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 no inciso LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Dessa forma, ao garantir haja uma investigação preliminar antes de qualquer acusação, diminui-se o risco da ocorrência de uma ilegalidade.

O inquérito policial tem como titular o delegado de polícia, sendo ele o responsável por presidir tal procedimento a fim de identificar a materialidade e autoria do delito para indiciar o investigado, e seu início se dá das seguintes formas: De ofício, por provocação do ofendido, delação de terceiro, requisição da autoridade competente e lavratura do auto de prisão em flagrante.

O Código de Processo Penal estabelece um prazo para o inquérito policial de 10 dias, como descrito no artigo abaixo:

Art. 10: O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela (BRASIL, 1941).

Dessa forma, dependendo da condição do indiciado (acusado) o prazo pode variar, isto é, caso ele esteja preso em flagrante ou solto. Além disso, segundo o § 3º o prazo poderá ser prorrogado caso o fato seja de difícil elucidação, o indiciado esteja solto e haja necessidade de novas diligências.

Posteriormente, com o fim do inquérito, a autoridade policial fará um relatório que será enviado ao foro competente, e o Juiz receberá e encaminhará ao Ministério Público, que o titular da ação penal e tem as prerrogativas de oferecer a denúncia, solicitar novas

diligências ou até realizar diligências e se entender necessário solicitar o arquivamento.

2.3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

O debate acerca da possibilidade jurídica da realização de investigação criminal pelo Ministério Público se deve principalmente pelo texto normativo presente no art. 144, inciso IV e § 4º, da Constituição Federal de 1988 e no art. 4º do Código de Processo penal, visto que, ambos trazem a competência de investigar infrações penais pelas autoridades policiais.

Uma corrente, utilizando-se de uma interpretação restritiva defende que esses artigos definem a investigação criminal como atividade exclusiva da polícia judiciária, não sendo possível a mesma ser realizada por outros órgãos, sob pena de ferir o princípio da legalidade. De outro lado, utilizando-se dos art. 127 e 129 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e do art. 4º parágrafo único do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a corrente contrária entende que é possível se ter investigação criminal realizada por órgão diverso da polícia.

Além disso, como na investigação criminal realizada pela polícia o Ministério Público tem função fiscalizadora desses trabalhos, há a preocupação nesse debate sobre quem fiscalizaria a investigação criminal realizado pelo mesmo.

Guilherme Nucci, em seu Curso de Direito Processual Penal, relembra que com a Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019) qualquer investigação criminal deveria ser comunicada ao Juiz de garantias e que isso serviria para controlar a legalidade do procedimento. Ele ainda segue dizendo que com a liminar do STF, momentaneamente o Juiz de garantias não será implementado, mas há a expectativa de que ainda assim essa investigação criminal seja comunicada em juízo, isto é, independente do órgão investigador, é de suma importância que o ato seja fiscalizado para se evitar abusos e ilegalidades. (NUCCI, 2020).

Tucci, se mostrando contra essa atribuição menciona que a investigação direta pelo Ministério Público representa uma “indesejável e inadmissível ditadura ministerial”, afrontando as garantias e os direitos constitucionais das pessoas investigadas. (TUCCI, 2004)

E Streck e Feldens, ao comentar sobre os argumentos que validariam a investigação criminal realizada pelo Ministério Público por motivo de corrupções dentro da polícia, diz que a corrupção não é exclusividade da polícia, podendo o problema ser encontrado, inclusive, no Poder Judiciário e no MP. (STRECK e FELDENS, 2005)

Nota-se que, o debate doutrinário é longo e bem dividido quanto a essa possibilidade. Por outro lado, é de suma importância observar o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), que será mencionado no tópico abaixo.

3. JULGAMENTO DO RE 593727 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE 593727, se manifestou acerca do assunto de forma contrária ao entendimento de alguns doutrinadores e de parte de seus integrantes. (BRASIL, 2015)

Apesar das observações do Ministro Marco Aurélio no entendimento de que “inconcebível é um membro do Ministério Público colocar uma estrela no peito, armar-se e investigar () prejudicando o contraditório e inobservando o princípio da paridade de armas”. A maioria dos membros entendeu pela possibilidade de investigação pelo MP. (HOFFMAN, 2018)

Nesse julgamento, em plenário, o Supremo Tribunal Federal (STF) além de reconhecer a legitimidade do Ministério Público (MP) para promover, por autoridade própria, investigações de natureza criminal e estabeleceu os critérios da atuação do *parquet*.

Conforme o STF, além de “respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado”, a investigação criminal só poderá acontecer em “hipóteses excepcionais e taxativas”, ou seja, são “necessariamente, subsidiárias,

ocorrendo, apenas, quando não for possível, ou recomendável, se efetivem pela própria polícia”.

Segundo Nucci, o STF possuía decisões em diferentes sentidos, em alguns momentos a favor da investigação criminal do Ministério Público, ora vedando-a. Para ele, hoje prevalece o meio-termo, depois que a questão chegou a Plenário (NUCCI, 2020).

Dessa forma, os limites da investigação direta do MP podem ser estruturados da seguinte forma: Excepcionalidade e subsidiariedade da apuração do MP; Prevalência da Requisição da instauração de inquérito sobre a deflagração de investigação ministerial; Condução da investigação sob sua direção e até sua conclusão; Impossibilidade de *bis in idem*; Observância de princípios e regras que norteiam o inquérito policial; Respeito ao marco legal da investigação criminal no Brasil. (HOFFMAN, 2018)

Além disso, também devem ser observados as garantias profissionais garantidas aos advogados, respeitando o direito de defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo investigar a luz da doutrina e da jurisprudência quais seriam os limites impostos ao poder investigatório do Ministério Público, bem como, seu caráter frente a Constituição Federal de 1988 e sua estrutura funcional. Além disso, foram analisados de forma sucinta o conceito e a finalidade da investigação criminal, tal como, de que forma o procedimento é realizado pela polícia.

Vale ressaltar que o Ministério público cumpre um papel essencial no ordenamento jurídico brasileiro, desde a sua criação, até os dias atuais, por vezes atuando como *custos legis* e por vezes realizando diretamente seus poderes de investigação criminal. Outrossim, apesar das críticas e do grande debate quanto a legalidade da investigação realizada por esse órgão, não há no ordenamento

jurídico brasileiro qualquer impedimento legal em texto expresso que afirme ser impossível a investigação realizada pelo *parquet*.

Ademais, com o posicionamento favorável do Supremo Tribunal Federal (STF), não resta dúvida que, ao menos momentaneamente, as investigações criminais realizadas pelo Ministério público não ferem o princípio da legalidade, desde que, sejam respeitados os critérios impostos pelo referido órgão ao determinar que essas investigações somente aconteçam em casos excepcionais, e que, acima de tudo, sejam respeitados os princípios e garantias processuais, para que, além de garantir a eficiência das investigações criminais, também esteja em harmonia com o judiciário e a advocacia em geral, garantido ao investigado todos os seus direitos sempre prezando pela legalidade e o bom andamento do processo.

REFERÊNCIAS

BRANTES, Thiago Murílio Salatiel, 2014, **A função do Ministério Público na investigação criminal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33190/a-funcao-do-ministeriopublico-na-investigacao-criminal>. Acesso em 09/03/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 593727. Minas Gerais. Poder de investigação do Ministério Público. Min. CEZAR PELUSO. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 02/04/2022.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho et al. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. 2006.

HOFFMANN, Henrique e NICOLITT, André, **Investigação criminal pelo Ministério Público possui limites**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/opiniao-investigacao-criminal-mp-possui-limites>. Acesso em: 01/03/2022.

MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9788597027648.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 22/02/22.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Oliveira, Maria Célia Néri de. **Por dentro do MPF: conceitos, estrutura e atribuições/**

Ministério Público Federal. Secretaria de Comunicação Social.
– 7. ed. – Brasília: MPF, 2021.

O ministério público e a investigação criminal à luz da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-163/oministerio-publico-e-a-investigacao-criminal-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988/>. Acesso em: 10/03/22.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 22 fev. 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9786559770526. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/>. Acesso em: 03/03/22.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e Investigação Criminal.** São Paulo: RT, 2004, p. 78.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO X DISCURSO DE ÓDIO

*Robson Viana da Silva*¹

INTRODUÇÃO

Esse estudo tem por objetivo discutir acerca dos limites da liberdade de expressão no contexto constitucional e o discurso de ódio. Busca-se compreender esse direito fundamental e importante para a democracia do país, evidenciado na Constituição Federal de 1988. Pontua-se que o exercício da liberdade de expressão está relacionado ao direito de livre manifestação do pensamento, ou seja, possibilidade do indivíduo em emitir suas opiniões e ideias ou mesmo expressar atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, sem interferência ou eventual retaliação do governo.

Assim, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos IV (liberdade de pensamento), IX (liberdade de expressão propriamente dita) e XIV (acesso à informação), e no artigo 220 (liberdade de informação), assegura aos cidadãos um amplo acesso à informação a partir de diferentes e variadas fontes, dentro de um ambiente democrático, que garanta a liberdade de expressão e de imprensa.

Analisa-se o discurso de ódio sobre a perspectiva da democracia brasileira, que assegura a livre manifestação do pensamento, não tolerando manifestações de desprezo contra determinados grupos, promovendo a intolerância de raça, gênero, religião, nacionalidade.

A metodologia utilizada foi à pesquisa doutrinária e a legislação vigente, analisando-se todo o contexto. Num primeiro momento, será abordado acerca do direito à liberdade de expressão na Constituição Federal e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O segundo momento é dedicado a analisar o discurso de ódio e, posteriormente, serão apresentadas análises de casos concretos. Já no terceiro e quarto

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé. Email:vianarobson6@gmail.com

momento, respectivamente, verifica-se a liberdade de expressão se é um direito absoluto e, por fim, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A liberdade de expressão é um direito fundamental, que se mostra como corolário da dignidade da pessoa humana, sendo essencial para a democracia brasileira. Este direito foi consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso IV, “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, inciso IX, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, “XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;” e no artigo 220 “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos contempla o direito à liberdade de expressão, sendo este direito fundamental para o sistema democrático, garantindo a todos os indivíduos liberdade para expressar suas opiniões e evidencia-se no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

A proteção concedida pela Constituição Federal e pela Declaração Universal dos Direitos humanos à liberdade de expressão

faz com que esse direito torne-se importante dentro do ordenamento jurídico, sendo fundamental para o processo democrático.

Verifica-se que liberdade de expressão é gênero, do qual decorrem, como espécies, liberdade na manifestação do pensamento, liberdade de expressão artística, liberdade de ensino e pesquisa, liberdade de informação e comunicação e liberdade de expressão religiosa. Nesse sentido, apontam Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.

Para uma compreensão geral das liberdades em espécie que podem ser reconduzidas à liberdade de expressão (gênero), e considerando as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, é possível apresentar o seguinte esquema: (a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); (e) liberdade de expressão religiosa. (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017, p. 535)

Outrossim, Peterson Roberto Silva (2018, p. 277) afirma que “liberdade de expressão nada mais é que, literalmente, a soma das expressões que alguém é livre para exprimir ou das que não é proibido de exprimir”, ou seja, liberdade de expressão não é apenas a livre manifestação do pensamento através da escrita, mas também através da arte, da ciência, da tecnologia e de outras áreas que envolvam construção, manifestação, exteriorização e consequência do ato de se expressar.

Na obra do ministro do STF, Luís Roberto Barroso, entende-se o quão importante foi estar expresso na Constituição Federal de 1988, o direito à liberdade de expressão, como garantia da democracia.

Uma nova Constituição, ensina a doutrina clássica, é uma reação ao passado e um compromisso com o

futuro. A Constituição brasileira de 1988 foi o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder. (...) Nesta nova ordem, a garantia da liberdade de expressão, em suas múltiplas formas, foi uma preocupação constante do constituinte, que a ela dedicou um conjunto amplo de dispositivos, alguns deles superpostos. Rejeitava-se, da forma mais explícita possível, o modelo anterior (...). É possível constatar que vige no País ampla liberdade de expressão, estando proibida a censura sob qualquer forma. (BARROSO, 2005, p. 354-355)

Do mesmo modo, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, ressalta a importância da liberdade de expressão a nível constitucional e a punição a quem extrapola este direito.

A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a conseqüente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga (Moraes, 2003, p. 56)

Desta forma, entende-se que a liberdade de expressão é um instrumento de suporte para o fortalecimento da democracia, sendo que, para muitos, é tida como a máxima dentro das liberdades consagradas na Constituição Federal. Assim, a manifestação do livre pensamento busca, acima de tudo, preservar a dignidade da pessoa humana, respeitando os direitos de todos, sem prejudicar ninguém e, apenas expressar um ponto de vista sobre determinado assunto.

Destaca-se, portanto, que o indivíduo tem plena garantia para manifestar-se e expor suas ideias, desde que não extrapole os limites de outrem, uma vez que, poderá sofrer sanções tanto na esfera cível, quanto na esfera penal por tais atos.

2. DISCURSO DE ÓDIO

O discurso de ódio caracteriza-se por opiniões que buscam ofender os direitos da vida privada seja a honra, a imagem, através de posts racistas, xenofóbicos, homofóbicos ou incitando a violência contra um determinado grupo social ou determinada pessoa.

Desta forma, o principal objetivo do discurso de ódio é disseminar a violência e o ódio com mensagens que só trazem discórdia entre quem sofre e quem pratica determinado ato. De modo a ilustrar o discurso de ódio sob a ótica de incompatibilidade com os princípios e objetivos republicanos, Rosane Leal da Silva e Luiza Quadros da Silveira Bolzan afirmam que:

[...] o discurso de ódio se configura como tal por ultrapassar o limite do direito à liberdade de expressão, incitando a violência, desqualificando a pessoa que não detém as mesmas características ou que não comunga das mesmas ideias, e ao eleger o destinatário como “inimigo comum” incita a violência e seu extermínio, o que fere frontalmente o valor que serve de sustentáculo para o Estado democrático de direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana [...] (SILVA; Bolzan, 2012, p. 455)

Assim, a partir do momento que a manifestação do livre pensamento deixa de apenas expor ideias e ultrapassa para incitação a violência ou algum outro crime, se transforma em discurso de ódio, trazendo muitas consequências negativas e malefícios não só para a vítima, mas também para quem a cerca.

O compromisso constitucional de promover a luta contra o preconceito, um dos principais efeitos do discurso de ódio, evidencia-se em um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal o qual estabelece o dever de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Pode-se dizer que os discursos de ódio não estão protegidos pelo direito de expressão, pois apresentam-se como uma legítima forma de expressão pura de ódio, nas palavras de Anderson Schreiber.

Por mais que se considere, portanto, a diferença como elemento essencial da própria concretização da liberdade de expressão e formação do Estado Democrático, sempre que esta for veiculada publicamente no intuito de exprimir de forma violenta as convicções do interlocutor e tangenciar a própria noção genérica do preconceito, estar-se-á diante de um hate speech. (SCHREIBER, 2013, p. 282)

Desta forma, como está expresso no artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal, “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Entende-se, portanto, que o anonimato é vedado para que a pessoa que se sentiu ofendida diante daqueles comentários ou publicações, possa ter o direito de saber quem os fez para tomar as devidas medidas judiciais. Assim, as eventuais violações dos direitos causadas pelo discurso de ódio, serão punidas, pois tais atos são prejudiciais para a democracia do país.

A liberdade de expressão permite ao indivíduo o direito de manifestar-se sobre determinado assunto, desde que não extrapole os limites de outrem, enquanto o discurso de ódio busca denegrir a imagem e a honra de outrem. Assim, pontuam Rosane Leal da Silva, Letícia Almeida de La Rue e Danielli Gadenz.

A liberdade de expressão destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor e manifestações de pensamento. Enquanto que discurso de ódio são manifestações discriminatórias dirigidas a grupos específicos, que possuem determinadas identidades não aceitas pelo emissor da mensagem. (Silva; Rue; Gadenz, 2014, p. 132)

Portanto, nota-se que a liberdade de expressão é totalmente diferente de discurso de ódio, porque enquanto a primeira tem como objetivo externar ideias de um modo geral, a segunda apenas quer prejudicar alguém através de palavras. Desta forma, é importante destacar que para o cidadão ofendido é oferecido o direito de resposta proporcional ao agravo, garantido no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, “além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” Este direito de resposta é um meio de garantir a democracia, além de assegurar o contraditório, atuando em função da objetiva liberdade de expressão, deste modo, portanto, o direito de resposta é propiciado a qualquer pessoa física, nacional ou estrangeira, e pessoa jurídica que se sinta ofendido.

ANÁLISES DE CASOS CONCRETOS

Nos últimos anos, a palavra liberdade de expressão vem tendo grande ênfase no noticiário, principalmente depois do ocorrido com o Deputado Federal Daniel Silveira, do Partido União Brasil, em que o mesmo teria gravado um vídeo, fazendo apologia ao AI-5, além de ataques e ameaças a ministros do Supremo Tribunal Federal.

Logo após a divulgação do vídeo nas mídias sociais, houve grande repercussão. Ao tomar conhecimento da situação, o Ministro do STF, Alexandre de Moraes determinou de imediato a prisão do parlamentar, por entender que o mesmo, apesar de possuir a imunidade parlamentar, que é um conjunto de direitos aplicáveis aos que exercem a função parlamentar, cujo objetivo é que o mandato

seja exercido com liberdade, teria extrapolado totalmente na sua fala, inclusive sendo uma ameaça para o Estado Democrático de Direito ao pedir o fechamento do Supremo Tribunal Federal, instituição essencial para a democracia do país. Na decisão proferida em 17/02/2021, Moraes afirma que:

São imprescindíveis medidas enérgicas para impedir a perpetuação da atuação criminosa de parlamentar visando lesar ou expor a perigo de lesão a independência dos Poderes instituídos e ao Estado Democrático de Direito. a Constituição não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando o rompimento do Estado de Direito. (<https://www.camara.leg.br/noticias/728380-deputado-daniel-silveira-e-preso-por-ordem-do-ministro-alexandre-de-moraes>)

Outro exemplo é a prisão do Ex-Deputado Federal Roberto Jefferson (PTB), em 13 de agosto de 2021, por manifestações antidemocráticas em redes sociais, com foco em ataques e ameaças a ministros do STF. Assim, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, proferiu a seguinte decisão:

A reiteração dessas condutas, por parte de Roberto Jefferson Monteiro Francisco, revela-se gravíssima, pois atentatória ao Estado Democrático de Direito e às suas Instituições republicanas. A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático, nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais — Separação de Poderes, com a consequente instalação

do arbítrio. (<https://www.conjur.com.br/2021-ago-13/alexandre-manda-prender-roberto-jefferson>)

Diante dos acontecimentos, muitos ficaram se perguntando sobre o direito à liberdade de expressão. Analisa-se, que a liberdade de expressão não protege os atos antidemocráticos, ou atos que de alguma forma atingem a honra, a imagem, ou seja, a dignidade da pessoa humana, uma vez que a Constituição Federal de 1988 veda o anonimato, devendo tais atos serem punidos, visto que, os propagadores das mensagens discriminatórias buscam, muitas vezes, implicitamente alcançar seguidores sob o fundamento da proteção ao exercício do direito de livre expressão. Trata-se, portanto, de discursos dissimulados para poder atacar as garantias de outro grupo de pessoas.

3. O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO É UM DIREITO ABSOLUTO?

A liberdade de expressão não é um direito absoluto, sendo que o limite está dentro da própria Constituição Federal em seu artigo 5º por meio dos seguintes incisos: IV – “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; V – “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; e artigo 220, § 2º da Constituição Federal “vedação de toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Sobre esse tema, André Ramos Tavares, traz hipóteses à limitação do direito à liberdade de expressão.

A existência dessas limitações ao direito à liberdade de expressão se explica tanto (i) pela necessidade de harmonia entre os direitos individuais como (ii) por questão de coerência, visto que seria, no mínimo,

contraditório se a liberdade de expressão, que é um direito engendrado pelo homem para assegurar e possibilitar sua autodeterminação individual estivesse em contradição com essa mesma finalidade, atentando contra o desenvolvimento da personalidade individual e desrespeitando direitos essenciais à própria personalidade. (TAVARES, 2012, p. 634)

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, o direito à liberdade de expressão não é absoluto, uma vez que não se pode dizer tudo àquilo que quiser e nem fazer tudo que se quer, pois a proteção constitucional não se estende à ação violenta.

Nesses termos, para a doutrina dominante, falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antissemitismo, apologia ao crime etc...) (FERNANDES, 2011, p. 279)

Posto isto, ressalta-se que os limites do direito à liberdade de expressão, se encontram dentro da própria Constituição Federal, uma vez que é vedado o anonimato, sendo assim, em caso de violações a este direito, o praticante do ato será punido, tanto na esfera cível, quanto na esfera criminal, a depender do caso.

4. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Destaca-se que, a liberdade de expressão foi consagrada no Supremo Tribunal Federal, entre outros julgados, na ADPF 130, tendo como relator o Ministro Carlos Ayres Britto. Em 30 de abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 130, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em face da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (antiga Lei de Imprensa), que regulava a liberdade de pensamento e de manifestação, declarando que a referida lei, não havia sido recepcionada pela ordem constitucional de 1988, por não estar de acordo com os princípios da nova Constituição Federal.

No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. Dessa forma, pode-se afirmar que a censura prévia é totalmente vedada, sendo que, é assegurada a responsabilidade civil e penal daquele que abusa do seu direito de liberdade de expressão.

A ação foi inicialmente proposta com vistas à “declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que determinados dispositivos da Lei de Imprensa (a) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e (b) outros carecem de interpretação conforme com ela compatível (...)” (fls. 03), a fim de evitar que a antiguidade de normas legais não viessem a prejudicar os direitos protegidos constitucionalmente pela nova ordem. Posto isto, o Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do condutor ministro relator Carlos Ayres Britto, considerou essencial às atividades relacionadas à imprensa, seja como uma instituição-ideia ou uma instituição-entidade, considerando a imprensa como um patrimônio imaterial que representa a evolução político-cultural de um povo. (Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130 Distrito Federal, fls. 03)

Portanto, constata-se que com a ADPF 130, a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão fora reforçadas, sendo essenciais

para o sistema democrático. Assim, o papel do poder judiciário na proteção e defesa do direito à liberdade de expressão e imprensa, torna-se fundamental para a democracia do país, uma vez que atua para coibir atos antidemocráticos, discursos de ódio disfarçados de liberdade de expressão, ou seja, atos que atingem a vida privada, a honra, a imagem do indivíduo e, dessa forma, tem-se o objetivo de promover a intolerância de raça, gênero, religião, nacionalidade e etc.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de expressão, portanto, é um direito que fortalece a democracia do país, pois tem como objetivo principal apenas manifestar o livre pensamento com o intuito de apresentar argumentos sobre determinado tema, enquanto o discurso de ódio tem como finalidade disseminar ou incitar violência através de publicações ofensivas.

A Constituição Federal garante o direito à livre manifestação do pensamento, porém, veda o anonimato e, garante o ofendido, direito de reparação de dano, seja moral, material ou à imagem. Por tal motivo, pode-se afirmar que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, uma vez que, os limites deste direito está dentro da própria Constituição Federal. Posto isto, mostra-se ser muito comum o ensejo de discursos de ódio disfarçado de liberdade de expressão, por isso, a vedação ao anonimato, como forma de proteção e garantia do indivíduo.

Verifica-se, portanto, que a atuação do poder judiciário na defesa e proteção da liberdade de expressão se faz importante para garantir a democracia e a liberdade para expor opiniões, pois assegura a participação livre e igual no processo de discussão e tomada de decisões. Sendo assim, é legítima uma postura ativa do Poder Judiciário para salvaguardar tais valores e coibir discursos de ódio disfarçados de liberdade de expressão, uma vez que é prejudicial para a democracia do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 10 de março de 2022.

BRASIL. **Declaração universal dos direitos humanos, Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas** (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 10 de março de 2022.

BRASIL. **A liberdade de expressão foi consagrada no STF, entre outros julgados, na ADPF 130, relator ministro Carlos Britto**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-16/hasselmann-liberdade-expressao-limites-posicao>. Acesso em: 12 de março de 2022.

BRASIL. **Deputado Daniel Silveira é preso por ordem do ministro Alexandre de Moraes**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/728380-deputado-daniel-silveira-e-preso-por-ordem-do-ministro-alexandre-de-moraes/> Acesso em 12 de março de 2022.

BRASIL. **O ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, mandou prender preventivamente o ex-deputado e presidente nacional do PTB Roberto Jefferson**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-ago-13/alexandre-manda-prender-roberto-jefferson>. Acesso em 17 de março de 2022.

BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130 distrito federal**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 15 de março de 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **“Liberdade de Expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação”**. In Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET; MARINONI; MITIDIERO. **Curso de Direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. Atlas, São Paulo. 2013

SILVA, Camila Morás; MONTEIRO, Paolla Wouters; GREGORI, Isabel Christine Silva De. Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio na mídia atual. **4º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria/RS**. UFSM - Universidade Federal de Santa Maria. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/>. Acesso em: 10 de março de 2022.

SILVA, Peterson Roberto. **O conceito de liberdade de expressão**. Revista Em Tese, v. 15, n.2, p.01 Julho, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2018v-15n2p275>. Acesso em 11 de março de 2022.

SILVA, Rosane Leal da; BOLZAN, Luiza Quadros da Silveira. **Discurso de ódio: liberdade de expressão ou violação dos direitos humanos?**. 2012. Disponível em: <http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/7116.pdf>. Acesso em 11 de março de 2022.

SILVA, Rosane Leal da; RUE, Letícia Almeida de La; GADENZ, Danielli. **Discurso de ódio na internet e multiculturalismo: uma questão de conflito entre liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana.** Revista Científica Direitos Culturais – RDC, v. 9, n. 18, Maio/Agosto/2014, p.129-151. Disponível em: https://app-vlexcom.eu1.proxy.openathens.net/#WW/search/*/546287110+vid%3A546287110/WW/v id/546287110/graphical_version. Acesso em 12 de março de 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional.** 10. ed.rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

ASSÉDIO MORAL NO ÂMBITO LABORAL

Igor Gomes Pereira da Silva¹

Henrique Antônio Bezerra Tavares²

INTRODUÇÃO

Criada em 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), pelo Decreto-Lei nº 5.452, e sancionada pelo presidente Getúlio Vargas, sendo alterada constantemente para assegurar os direitos e garantias dos trabalhadores. Entretanto, muitos empregadores violam tais direitos, além dos casos onde os funcionários são levados ao extremo psicologicamente no ambiente laboral, sofrendo condutas inimagináveis, tais como situações de assédio. A palavra assédio nos remete ao pensamento de sofrimento, seja de conteúdo sexual ou violência mental, ficando evidente que esses tópicos estão ligados intrinsecamente à temática.

O presente trabalho visa elencar o assédio moral no ambiente laboral, explicando-o, com base nos ordenamentos, e enfatizando que tal conduta viola os preceitos fundamentais constitucionais, e que o agente que comete a ação (assediador), pode ser tanto o seu empregador, quanto um companheiro de trabalho. Assim, o artigo objetiva preservar garantias devidas ao ser humano como declara a constituição federal, elaborado através de documentos, como livros, leis, e artigos científicos.

O assédio moral é caracterizado por um ato repugnante, com objetivo único de criticar, ofender, amedrontar e ridicularizar uma pessoa, seja em público ou em um ambiente fechado, causando a mesma uma sensação de repúdio, descontrole emocional, e

1 Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Faminas Muriaé. E-mail: Igor.gpsilva@hotmail.com

2 Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário. E-mail: Henriqueabt@gmail.com

inúmeros outros riscos à saúde mental. Um assunto que antes era pouco comentado, mas que infelizmente está cada vez mais presente contemporaneamente, sendo imprescindível a discussão sobre o tema. Desta maneira, quando se trata do assédio moral na relação trabalhista, é evidente que se relaciona com um empregador, que tenha algum cargo de suma importância, desfrute uma postura desrespeitosa, atacando seu empregado, ou um mero subordinado, com atitudes constrangedoras e humilhantes, que conseqüentemente vão causando a vítima danos relevantes, e que podem se tornar irreversíveis.

O assédio moral em todo tempo existiu, em maioria sendo mulheres as vítimas, e um homem, o assediador, mas não quer dizer que seja impossível que uma mulher cometa esta conduta, podendo o assediador ser do gênero masculino ou feminino.

1. O ASSÉDIO MORAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal brasileira de 1988, é uma das maiores constituições existentes no mundo, sendo elencados com 245 artigos e mais de mil dispositivos, feita com um único objetivo, regularizar o estado e as divisões de poderes, e decretar os direitos e garantias fundamentais. Porém, logo em seu artigo 1º a magna carta ilustra em seu inciso III, sobre a dignidade da pessoa humana, ou seja, um de seus princípios fundamentais que de maneira alguma deve ser violado, pois todos seres humanos nascem livres, e assim devem permanecer pelo resto de suas vidas:

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;

Neste mesmo sentido, vale citar que o ato de assédio moral fere o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, uma vez

que o assédio moral, em qualquer meio que seja cometido, trata-se de uma agressão à dignidade de alguém, e que conseqüentemente leva a vítima a ter problemas mentais, como: perturbações mentais, paranoia, depressão, entre outros. Vale ressaltar também, mais um princípio Constituição Federal lesionado quando se trata de assédio moral no ambiente de trabalho, também no artigo 1º, porém no inciso IV, está expresso os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, uma vez que o assédio é totalmente incompatível com as normas e os princípios do trabalho, segue abaixo:

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:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

Fica evidente que os seus princípios fundamentais objetivam dar uma segurança maior ao povo, protegendo suas garantias e direitos primordiais, e conseqüentemente visando o bem social para todos. Vale frisar também, o artigo 5º, que também conta com vários preceitos feridos pelo assédio:

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

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

Após a análise do dispositivo, consta-se inquestionável que o assédio viola todos os direitos exemplificados no artigo 5º, caput, e

principalmente os expressos no artigo 5º, inciso X, que trata sobretudo a respeito da honra e do dano moral.

2. ASSÉDIO MORAL

Para a configuração do assédio moral, a vítima, no exercício de sua profissão, deve ser abordada por seu empregador, ou até mesmo um colega de profissão, com alguma conduta abusiva, sejam brincadeiras, insinuações, piadas de duplo sentido, telefonemas, ou qualquer outra atitude que o agente cometa, que venha a gerar na vítima um desconforto, uma humilhação, debilitação, pressão ou até mesmo uma violência psicológica.

Assim, para Alkimin, a palavra assédio deriva do verbo assediar que significa “perseguir com insistência; importunar, molestar com pretensões insistentes, ao passo que a expressão moral pode ser compreendida em seu aspecto filosófico, referindo-se ao agir ético, ou seja, de acordo com a moral”. (ALKIMIN, 2005. p 38).

Sobre a temática, vale salientar a Marie-France Hirigoyen (2005, P. 17), psiquiatra e psicanalista francesa, muito utilizada pelos juristas da área, e que define o conteúdo como:

(...) “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.”

Salienta-se ainda a jurisprudência brasileira a qual define o assédio moral da seguinte forma:

ASSÉDIO MORAL. Entende-se por conduta abusiva impingir ao assediados pressões, intimidações, humilhações, perseguições, ridicularizações,

xingamentos etc., causando situações de degradação das condições de trabalho, com ameaças de demissão, sobrecarga de trabalho, desmoralização perante os colegas, falta de reconhecimento e desprezo pelos esforços do empregado, de modo a conduzi-lo ao comportamento almejado pelo assediador. Todavia, é pressuposto essencial do psicoterror a repetição da conduta, a cumulação de atos. Um episódio isolado não caracteriza assédio. Da mesma sorte, não se confunde com estresse ou esgotamento (burnout), más condições ou sobrecarga de trabalho, alto nível de exigência ou uma gestão patronal rígida. (TRT-10 - RO: 1283200800110004 DF 01283-2008-001-10-00-4 , Relator: Desembargador Braz Henriques de Oliveira, Data de Julgamento: 02/06/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 12/06/2009)

A doutrina nos traz que o comportamento do assediador deve ser repetitivo, o mesmo ocorre em jurisprudências, pois ambas evidenciam que para se classificar mesmo como um crime, deve haver a continuidade do ato ilícito, a conduta deve ser repetitiva. Segue abaixo um trecho da decisão de relatoria do Douto Desembargador Donizete Vieira Da Silva, do Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região, que evidencia tal argumento:

“O assédio moral é uma das espécies do dano moral e tem pressupostos muito específicos, tais como: conduta rigorosa reiterada e pessoal, diretamente em relação ao empregado; palavras, gestos e escritos que ameaçam, por sua repetição, a integridade física ou psíquica; o empregado sofre violência psicológica extrema, de forma habitual por um período prolongado com a finalidade de desestabilizá-lo emocionalmente e profissionalmente. É fundamental que haja a intenção de desestabilizar o empregado vitimado, minando sua confiança produtiva, com a intenção de excluí-lo do ambiente de trabalho,

marginalizando-o e debilitando gravemente seu potencial de trabalho. (ACÓRDÃO nº: 20160520082 - Relator: DONIZETE VIEIRA DA SILVA - Publicação: 25-07-2016).”

Importante recordar também que antes, no âmbito penal, em alguns casos, dependendo de como foi cometido a conduta pelo assediador, o assédio poderia ser considerado como crime baseado em outros crimes, pois podia ser enquadrado no crime de calúnia por motivo de alguma acusação feita pelo assediador, também poderia se enquadrar no crime de difamação, e caso o agente criminoso violasse a dignidade da vítima de alguma maneira, e poderia ser qualificado o crime de injúria. Porém em março de 2019, foi aprovado um Projeto de Lei na Câmara Federal, Nº 4742/2001, que qualifica o assédio moral no trabalho como crime, estabelecendo pena de detenção de um a dois anos, além de multa.

3. ASSÉDIO MORAL NO ÂMBITO LABORAL

Em tese, a Suíça desde 1993 já implantou um ordenamento nas relações trabalhistas contra o assédio moral, indicando de certa maneira, que esse tipo de crime ocorre desde a década de 90. Porém, seguindo o mesmo raciocínio da era antiga, esse assunto sempre foi um tabu, pelo simples fato do assediador ameaçar a vítima de alguma maneira, e a vítima geralmente por medo do assediador, que na maioria dos casos é o patrão, não faz nenhuma denúncia, por medo da intimidação, ou o medo de perder o emprego. Todavia, no decorrer dos últimos anos, as acusações deste tipo de conduta se elevaram extremamente, não pelo fato do crime ter aumentado nesses últimos anos, mais sim pelo fato das vítimas estarem definitivamente dispostas a acabar com esse tipo de crime, sendo a única solução, a denúncia do assediador desumano.

A jurista Guedes (2003, P. 33), de certa maneira compreende que o assédio moral, “decorre de atitude deliberada e perversa, cujo

objetivo é destruir a vítima e afastá-la do mundo do trabalho, levando ao isolamento, sentindo-se uma pessoa inútil, que não consegue reagir a tantas provocações”.

Pode se dizer que o assédio moral na relação trabalhista, é uma violência psicológica lenta, porém constante, provocada pelo assediador, e muitas vezes imperceptível pela vítima, e se caracteriza quando afeta o trabalhador no sentido de influenciar negativamente o seu comportamento no ambiente de trabalho. Tal agressão psicológica em alguns casos faz com que a vítima se sinta vulnerável e fraca, sem forças para reagir ao ato, se sentindo inferior ao assediador, o que gera um medo. Para Vieira (2007, p.88), o assédio moral no ambiente laboral é:

“Trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistirem do emprego, é o chamado assédio moral.”

É mais comum com comportamentos e condutas insultantes, dos empregadores em relação aos subordinados, provocando nas vítimas verdadeiras perturbações psicológicas. Segundo Silva (2003, p. 764), a conduta cruel se materializa da seguinte forma:

“Primeiramente devemos ter em foco que o assédio moral não se caracteriza por eventuais ofensas ou atitudes levianas e isoladas por parte do superior. Muito mais do que isso, o assédio moral somente estará presente quando a conduta ofensiva estiver

revertida de continuidade e por tempo prolongado, de forma que desponte como um verdadeiro *modus vivendi* do assediador em relação a vítima, caracterizando em processo específico de agressões psicológicas. Deve estar caracterizado a habitualidade da conduta ofensiva dirigida à vítima. Contudo quando falamos em assédio moral, estamos referindo a uma situação muito mais complexa, caracterizado por um conjunto de ações habituais que possuem o intento de minar a vítima, descondensando-a, fragilizando-a, desqualificando perante seu ambiente de trabalho e sua vida pessoal, até que ela não tenha mais força para lutar e se veja obrigado a pedir demissão, ou motive uma demissão por parte da empresa.”

Assim, fica claro que o assédio moral está totalmente ligado a uma atitude violenta contra o psicológico da vítima, e que no ambiente de trabalho na maioria das vezes, o assediador é um superior hierárquico e usa isso a seu favor, chantageando-a, e até mesmo ameaçando que a vítima perca o emprego em caso de denúncia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer dos estudos bibliográficos durante a estruturação deste artigo, está óbvio que o assédio moral causa prejuízos irremediáveis, tanto para a vítima, quanto pro ciclo empresarial ao qual ela pertence, pois a partir do momento que a vítima começa a sofrer uma violência psicológica, é evidente que o seu rendimento, no âmbito laboral, ou em qualquer outra atividade, vai reduzir; porém, as citações científicas aqui resumidas podem servir apenas como um ponto de partida em direção a diminuição do crime de assédio, pois cada caso é um caso, e deve ser analisado especificamente.

Na relação de emprego, quem sofre o assédio, além do dano moral, a vítima tem sua dignidade violada, o que leva a mesma a se

isolar, não ter amizades, não querer sair de casa, não querer conversar com a família, prejudica totalmente as relações sociais.

Infelizmente, nos dias atuais não há uma lei existente em relação à temática, alguns municípios e estados brasileiros até têm legislações a respeito do assédio moral, já existem até projetos de lei que visam modificação em alguns dispositivos do código penal, porém não é nada que seja válido como a lei, pois o tema não tem importância política, e por isso elas não são aprovadas.

Desta maneira, é necessário que os membros do congresso agilizem esses procedimentos que zelem sobre as vítimas do assédio moral, pois a todo momento milhares de pessoas sofrem abusos, nos lugares onde deveriam ser mais respeitadas, e por falta de legisladores que se importam com o assunto, a maioria das vítimas preferem não denunciar, pois entendem que se não existe até hoje uma lei para os assediadores, eles nunca vão ser punidos.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Margarida; HELOANI, Roberto. Violência, saúde e trabalho: a intolerância e o assédio moral nas relações laborais. **Serviço Social & Sociedade**, p. 544-561, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sssoc/a/Ssc7hLDWdns4BcYxMmS5fQF/abstract/?lang=pt>

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. CLT - Instituída pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

_____. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. [Constituição (1998)]. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. Código Penal (DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 14 out, 2019

DO NASCIMENTO, Cleber Mendes; DE LIMA, Kewri Rebeschini. Assédio moral no ambiente de trabalho. TCC-Direito, 2021. Disponível em: <http://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/viewFile/1074/1030>

FREIRE, Paula Ariane. Assédio moral e saúde mental do trabalhador. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 6, p. 367-380, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tes/a/GBZLRHbWZHwgvxnpqq4KgQh/abstract/?lang=pt>

FREITAS, Maria Ester de. Assédio moral e assédio sexual: faces do poder perverso nas organizações. Revista de administração de Empresas, v. 41, p. 8-19, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/HNXHh6S9yzbZYPgP3mg6Djw/?lang=pt>

FREITAS, Maria Ester; HELOANI, Roberto; BARRETO, Margarida. Assédio moral no trabalho. Cengage Learning, 2020. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=IQYLE-AAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT6&dq=FREITAS,+Maria+Ester%3B+HELOANI,+Roberto%3B+BARRETO,+Margarida.+Ass%C3%A9dio+moral+no+trabalho.+Cengage+Learning,+2020.&ots=gcLvk_05OK&sig=VcIs6ScYy41RkA347D2EVYiCSU#v=onepage&q=FREITAS%2C%20Maria%20Ester%3B%20HELOANI%2C%20Roberto%3B%20BARRETO%2C%20Margarida.%20Ass%C3%A9dio%20moral%20no%20trabalho.%20Cengage%20Learning%2C%202020.&f=false

GLINA, Débora Miriam Raab; SOBOLL, Lis Andreia. Intervenções em assédio moral no trabalho: uma revisão da literatura. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, v. 37, n. 126, p. 269-283, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbso/a/9wPnFsywPZyMjtP7Sy5LfyP/?format=pdf&lang=pt>

GUEDES, Maria Novaes. Assédio moral e responsabilidade das organizações com os direitos fundamentais dos trabalhadores. Revista Amatra II. Aiv nº 10. São Paulo. Dez 2003. Disponível em <http://www.baleia.net/ords/dowload/184.pdf>. .

HIRIGOYEN, Marie-France. Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002 apud AGUIAR, André Luiz Souza. Assédio Moral. 2.ed.São Paulo: LTr, 2006. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/viewFile/395/390>.

HELOANI, Roberto. Assédio moral: a dignidade violada. **Aletheia**, n. 22, p. 101-107, 2005. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/1150/115013470010.pdf>

HELOANI, Roberto. Assédio moral: um ensaio sobre a expropriação da dignidade no trabalho. **RAE eletrônica**, v. 3, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/raeel/a/mDFpdPcL7gR3KJvhbtyr4Zw/?lang=pt>

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. Assédio moral no Ambiente de Trabalho. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d35d/f6103ec076269ba82ff7c432cd2124e2f18e.pdf>

SILVA, Jose Afonso da. Uso de direito constitucional positivo. São Paulo. Malheiros. 2003. P. 764. Disponível em: <http://www.repositorio-digital.univag.com.br/index.php/rep/article/viewFile/1074/1030>

TOMÉ, Cindy Margarita Oliveira et al. **Identificação de situações de assédio moral em contexto laboral: estudo exploratório**. 2015. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <https://recil.ensinulusofona.pt/handle/10437/6137>.

VIEIRA, Ana Carolina Gonçalves. Assédio Moral no Ambiente de Trabalho: Uma violação silenciosa à dignidade humana no âmbito das relações de emprego. Belo Horizonte: PUC, 2007. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=2005&sciodt=0%2C5&cites=10162206877402320718&scipsc=&q=VIEIRA%2C+Ana+Carolina+Gon%3%A7alves.+Ass%3%A9dio+Moral+no+Ambiente+de+Trabalho%3A+Uma+viola%3%A7%C3%A3o+silenciosa+%3%A0+dignidade+humana+no+%3%A2mbito+das+rela%3%A7%C3%B5es+de+emprego.+Belo+Horizonte%3A+PUC%-2C+2007.&btnG=

FALSAS MEMÓRIAS E O RISCO DE CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS PROCESSUAIS PENAIS

Natália Alves Nascimento¹

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a prova testemunhal é amplamente usada dentro do processo penal brasileiro, sendo sua incidência totalmente amparada legalmente. De certo que, por se tratar de prova produzida de forma pessoal, em muitas das vezes, há certo receio em sua produção. Mas, ainda assim, vem sendo aplicada de forma reiterada nos procedimentos processuais penais.

É certo afirmar que testemunhas e também as vítimas se valem de suas memórias e lembranças para que relatem com segurança os acontecimentos vividos. Nesse sentido, as memórias exercem um papel fundamental na reconstrução do crime e na identificação de seu autor. Vislumbra-se, assim, que nesses casos em que sejam imprescindíveis a prova testemunhal e o depoimento pessoal da vítima, o processo depende das recordações vividas, as quais irão dar formas ao crime.

Ocorre que, estudos realizados através da psicologia cognitiva demonstram que esse processo mnemônico, o qual ocorre dentro da sistemática das provas testemunhais, incluído o depoimento da vítima, não é fidedigno à realidade, tendo em vista que essas provas podem ser facilmente suscetíveis de falhas que podem comprometer a segurança jurídica dentro das provas do processo penal, já que as lembranças podem ser facilmente contaminadas por fatores diversos, inclusive o tempo.

Dessa forma, é notória a falibilidade da memória humana, sendo que se torna necessária a análise das falsas memórias e sua interferência dentro do processo penal, quando relativas à

¹ Advogada. Especialista em Direito da Mulher, Direito de Família e Direito do Consumidor.

produção de provas. Essas falsas memórias nada mais são do que acontecimentos consistentes na recordação de momentos que jamais foram vivenciados e, geralmente, tais falsas memórias ocorrem pela junção de lembranças que são verdadeiras e de outras situações externas.

Há inúmeros fatores externos que podem influenciar no armazenamento das lembranças, quando se está diante de um depoimento, a lembrança daquele fato em questão pode sofrer diversas modificações devido ao momento e as perguntas que, por vezes, podem ser tendenciosas e modificar todo um contexto verdadeiro, o que é capaz de dar ensejo ao fenômeno das falsas memórias.

Além do mais, é preciso lembrar, desde o início, dos princípios do contraditório e ampla defesa, os quais se revestem de garantia constitucional a todo e qualquer cidadão, sendo ferramentas de suma importância dentro do processo penal. Através desses princípios garantidores é possível que o acusado apresente outras provas que evidenciem que a acusação se baseou em falsas memórias.

O que se visa analisar são as provas no processo penal, com ênfase na prova testemunhal e o depoimento da vítima, e a influências do fenômeno das falsas memórias dentro do contexto dessas provas processuais penais.

Para desenvolver o presente artigo, o método utilizado foi o hipotético-dedutivo que envolveu momentos nos quais se elaborou hipóteses dedutivas e a partir dessas hipóteses fez-se uma revisão de literatura visando comprovar ou não suas deduções.

2 DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

2.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O contraditório foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1937, em seu art. 122, segunda parte. Com a

Constituição Federal de 1988, tem-se a previsão de tal princípio tanto para processos judiciais quanto para processos administrativos.

Atualmente o princípio em comento encontra amparo no art. 5º, LV, da CF, o qual preceitua que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida aduz que o contraditório nada mais é do que uma “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”. Em termos práticos tem-se que o contraditório é o princípio que visa garantir o direito de resposta para todo ato produzido pela parte adversa.

Certo é que diversas pessoas ainda possuem a visão de que o contraditório se refere a uma garantia exclusiva do acusado, contudo, ao acusador também é prevista essa garantia. Assim, por exemplo, na seara do processo penal, tem-se que ao *parquet* é garantido o direito de ser informado, bem como o direito de se manifestar da mesma forma que o réu.

Ao se tratar do contraditório pressupõe a existência de partes com interesses opostos, que têm como meta a busca da formação do convencimento do julgador imparcial. O contraditório, assim, visa garantir às partes, o direito de se opor uma à outra, a fim de que o magistrado, após a análise minuciosa de fatos e provas produzidos durante todo o processo, solucione o a demanda da forma mais eficaz possível.

Nesse sentido André Rovégno, leciona que:

A existência de duas partes digladiando-se perante um julgador imparcial, a necessidade de que ambas sejam ouvidas, a possibilidade conferida a elas de arazoarem seus pedidos e impugnam os adversos, tudo conduzindo a uma decisão final do julgador[...]; faz com que a doutrina aponte a natureza dialética do processo acusatório, que se estrutura sobre o movimento (bilateral) de oposição constante das partes.

Não qualquer discussão ou divergência quanto a aplicação integral do presente princípio na seara penal e processual penal.

2.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

A ampla defesa também é garantida a todos que se encontrem em processo judicial ou administrativo e aos acusados “em geral”.

Tal princípio também é conhecido como direito de defesa e surgiu no direito brasileiro com a Constituição de 1824 e, atualmente, está previsto no inciso LV, do artigo 5º da Carta Magna.

O direito de defesa pode ser entendido como uma garantia processual para todas as pessoas que se encontram em uma posição passiva dentro de uma relação e essa relação não necessita ser, especificamente, um processo. O princípio aqui em comento, diferente do contraditório analisado anteriormente que serve a ambas as partes, é destinado ao indivíduo que esteja em uma situação desfavorável.

Quanto ao conceito de ampla defesa tem-se que:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (‘par conditio’), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe a versão que melhor apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (MORAES, 2002, p. 125)

Nesse sentido:

Ampla defesa pode, portanto, ter lugar nos mais variados momentos e sob os mais variados títulos; – em expedientes jurídicos que não sejam caracterizados como processo judicial ou administrativo, mas onde se denote qualquer risco ou iminência de surgimento de um quadro desfavorável em um indivíduo, pode aí ter lugar a defesa ampla. (ROVÉGNO, 2012, p. 278)

O estudo da ampla defesa, dentro do processo penal, se desmembra no âmbito da autodefesa e da defesa técnica. Sobre essas duas modalidades dentro da ampla defesa, tem-se que:

a) defesa técnica, direito de contar com a assistência de profissional legalmente habilitado de sua livre escolha ou nomeado pelo juiz, a quem incumbe a prática dos atos processuais que exigem capacidade postulatória. b) autodefesa, que é exercitada pelo próprio réu, abrangendo o denominado direito de audiência, compreendendo o direito de ser ouvido pelo juiz e entrevistar-se com seu advogado, sugerindo a estas perguntas para serem formuladas pelas testemunhas, e o direito de presença, que consiste na possibilidade de o réu acompanhar pessoalmente o desenrolar do processo, ou seja, de estar presente aos atos processuais instrutórios. (PAIVA, 2008, p. 40)

Temos, ainda, a observância da ordem de manifestação no processo, a oportunidade de acompanhar provas a serem produzidas, a possibilidade de recorrer de decisões desfavoráveis, os prazos para apresentação de defesa e outros documentos, dentre outras. Sobre o tema:

A ampla defesa consiste em se reconhecer ao acusado o direito de saber que está e por que está sendo processado; de ter vista do processo administrativo disciplinar para apresentação de

sua defesa preliminar; de indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa; de ter advogado quando for economicamente insuficiente; de conhecer com antecedência a realização de diligências e atos instrutórios para acompanhá-los; de perguntar e reperguntar; de oferecer a defesa final; de recorrer, para que prove sua inocência ou diminua o impacto e os efeitos da acusação. (GASPARINI, 2002, p. 853)

Importante mencionar que alguns doutrinadores enxergam algumas possibilidades aqui descritas como integrantes do princípio do contraditório e não da ampla defesa.

Ainda quanto a ampla defesa aqui analisada tem-se que:

“(...) 3) O conceito de defesa não é deixado inteiramente à lei. A lei tem de ser concebida de modo tal que nela se assegure a defesa, a que se refere o preceito. Existe, porém, conceito a ‘priori’ de defesa, pelo qual se tenha de moldar a defesa organizada pelas leis processuais? Tal conceito não existe; mas existe algo de mínimo, aquém do qual não mais existe a defesa. É interessante meditar-se sobre esse ponto que leva os tribunais, na apreciação da constitucionalidade das leis processuais penais, à verificação ‘in casu’ diante dos textos, da violação, ou não violação, do que se prometeu na Constituição. É escusado invocar-se o § 25 quando a lei contém preceitos que ministram meios e recursos à defesa. Mas é de alta monta quando aos acusados parece que a letra da lei ou a sua interpretação não atendeu ao que o preceito declara ser direito constitucional. Já João Barbalho (Comentários, 323): “Com a plena defesa são incompatíveis e, portanto, inteiramente inadmissíveis os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do

acusado, ou tendo-se dado a produção de testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquirilas, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas, e em geral todo procedimento que de qualquer maneira embarace a defesa. “Felizmente, nossa legislação ordinária sobre a matéria realiza o propósito da Constituição, cercando de precisas garantias o exercício desse inalienável direito dos acusados, - para ela ‘res sacra réus’” (MIRANDA, 1947)

Assim, verifica-se que a ampla defesa é mais uma ferramenta garantidora ao acusado, a fim de que o mesmo use todas as ferramentas legais possíveis para a suas manifestações e defesa.

3 A PROVA NO PROCESSO PENAL

O direito inexistente sem o fato. Tal premissa se torna verdadeira pois o ordenamento jurídico brasileiro tutela situações fáticas diversas a partir de um modo abstrato e normativo. Assim, o processo surge com o objetivo de proporcionar ao juiz o conhecimento de um fato ocorrido e o autor desse fato, sendo que é a instrução probatória o caminho para atingir o mencionado objetivo.

Dessa forma, é notória a importância das provas dentro do processo com vista a cognição sumária do juiz e para a solução do problema que fez surgir tal processo. Sobre as provas no processo penal, Jeremias Bentham assevera que “a arte do processo não é senão a arte de administrar as provas”. É nesse sentido que se afirma que “provar significa induzir o juiz ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo, com aproveitamento de chances, liberação de cargas ou assunção de risco de uma sentença desfavorável por não fazê-lo”.

É preciso lembrar e frisar que compete as partes levarem ao juiz as provas que entendem necessárias para demonstrar a verdade dos fatos

alegados, os quais, de fato, na maioria das vezes, não correspondem com a verdade real dos acontecimentos. Isso ocorre tendo em vista a atuação das partes, que não possuem o intuito de mostrar essa verdade real dos fatos, mas sim o de construir, na visão do magistrado, a certeza de que a verdade que ela alega é a correspondente aos fatos. Há, de fato, certa subjetividade que pode acarretar a contaminação do processo, quando não deixadas de lado. Sobre o tema, Aury Lopes Júnior leciona:

Em suma, sob qualquer ângulo que se analise a questão, o que se vê é um labirinto de subjetividade e de contaminações que não permite atribuir ao processo a função de, através da sentença, revelar a “verdade” (nem real, nem processual, pois o problema está na “verdade”). [...] O crime sempre é passado, logo, história, fantasia, imaginação. Depende, acima de tudo, da memória. Logo, existe um obstáculo temporal insuperável para a verdade: o fato de o crime ser sempre passado e depender da presentificação dos signos do passado, da memória, da fantasia e da imaginação. [...] Importa é considerar que a “verdade” é contingencial e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a “sua” história do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos, dando uma demonstração inequívoca de crença. O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento [...]. O determinante é convencer o juiz. [...] A verdade, assim, é contingencial e a legitimação da decisão se dá através da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo.

Assim, tem-se que as provas que integram o Processo Penal se enquadram nos modos que buscam construir o convencimento do julgador para que ele, posteriormente, profira uma sentença. Por fim,

importante mencionar, desde já, que o atual Código de Processo Penal busca solucionar os fatos criminosos de forma real e potencial, porém, não deixa de observar os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

3.1 CONCEITO, OBJETO E MEIO DE PROVA

Em se tratando de provas, temos que tal palavra possui diversos significados, tais como argumento, razão, verificação. Juridicamente falado, Nucci afirma:

A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda.

Sabe-se que em se tratando das provas no processo penal, a tarefa de produção das mesmas é de dever das partes, que irão buscar o convencimento do juiz dentro do processo, na busca de trazer a verdade para essa relação estabelecida.

Nesse sentido:

Exigir-se uma certeza absoluta é ilógico, é destruir pela base toda a espécie de prova, pois, o problema da certeza insofismável até hoje resta insolúvel, devendo, por isto, o juiz se contentar com aquela certeza relativa que tranquiliza o seu espírito, seja qual for a espécie de prova que forneça. (ROSA, 1982, p. 353)

A fim de se alcançar a verdade processual, é preciso que faça uso da interdisciplinaridade. Como exemplo, cita-se a Psicologia,

a Sociologia, a Criminologia e a Medicina Legal. Assim, tem-se que “o tema da prova se presta, menos do que outros, a exaurir-se numa dimensão jurídica, tendendo, em vez disso, a projetar-se para fora dela, penetrando no campo da lógica, da epistemologia e da psicologia”, é por tal afirmação que a verdade processual se pauta de forma interdisciplinar.

Já o objeto da prova, tem-se que o mesmo consiste nas alegações dos fatos, os quais são alegados pelas partes e que deverão ser demonstrados dentro do processo. De certo que nem todos os fatos alegados irão se caracterizar como objeto de prova, pois podem ser irrelevantes para a sistemática ali tratada. Inclusive, importante mencionar que no processo penal a ausência de discussão acerca de determinado fato criminoso não dispensa a produção de provas, que será imprescindível. Quanto a objeto de prova verifica-se o que segue:

Aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio processual é o objeto da prova, que abrange não só o fato delituoso, mas também todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influenciar na responsabilidade penal e na fixação da pena ou imposição de medida de segurança. (MIRABETE, 2012, p. 453)

Finalizando, tem-se que os meios de provas nada mais são do que “instrumentos materiais ou processuais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou da inexistência de um fato” (GRECO FILHO, 2011, p. 194)

Assim, resumidamente, a prova no processo penal é integrada pelo objeto, pelos sujeitos e pelos meios de provas. Aqui, faz-se importante mencionar o seguinte apontamento:

É preciso cuidado para evitar a confusão de meio com sujeito ou objeto de prova. Assim, por exemplo, a testemunha é sujeito, e não meio de prova. O

depoimento dela, este sim, é meio de prova. O lugar inspecionado é objeto de prova; a inspeção do local é meio de prova. Meio é tudo aquilo que serve para alcançar um fim, seja o instrumento usado ou o caminho percorrido (TORNAGHI, 1967, p. 210).

É certo que embora o convencimento do juiz esteja sempre ligado a motivação de suas decisões, certo é que o conjunto probatório contribuirá, em quase sua totalidade, para o livre convencimento do magistrado.

4 PROVA TESTEMUNHAL

Inicialmente, importante mencionar que a prova testemunhal também é conhecida como prova pessoal e é, diariamente, uma das mais utilizadas dentro das possibilidades probatórias do processo, ainda que diante de teses que coloquem em jogo sua credibilidade.

Ao se tratar desse tipo de prova, tem-se que seu ápice se encontra dentro do processo penal, sendo que sua errônea utilização pode gerar a supressão de um dos bens jurídicos mais valiosos dentro da proteção constitucional, qual seja, a liberdade.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 203, prevê que “a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, [...] explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se sua credibilidade”.

Resumidamente, a testemunha se compromete a narrar os fatos de forma sincera e verdade, e, agindo em contrário disso, poderá e responder pelo crime de falso testemunho. É o estabelecimento do compromisso de dizer a verdade, que, de acordo com Guilherme de Souza Nucci:

É (o compromisso) exatamente a fórmula encontrada pela lei para estabelecer a diferença entre testemunha

e outros declarantes, a exemplo da vítima, que podem prestar informações ao juiz, embora sem o dever de dizer a verdade. Ademais, a vítima é convidada pelo juiz a indicar provas e será ouvida para dizer quem presume ser o autor da infração penal, em posição peculiar [...].

Importante mencionar que há tamanha diferença entre as declarações feitas pelas vítimas e as realizadas pelas testemunhas. Dessa forma:

Na sistemática do Código de Processo Penal, vítima (ofendido) não é considerada testemunha, tanto que merece tratamento diferenciado. A vítima não presta compromisso de dizer a verdade e tampouco pode ser responsabilizada pelo delito de falso testemunho (mas sim pelo crime de denúncia caluniosa, artigo 339 do Código Penal, conforme o caso). Também não é computada no limite numérico de testemunhas, de modo que, se estivermos diante de um delito apenado com detenção, poderão ser arroladas (como regra) até cinco testemunhas pela acusação e igual quantidade pela defesa. A vítima não pode negar-se a comparecer para depor, sob pena de condução (inclusive na fase policial). [...] Tampouco pode invocar “direito de silêncio”, pois essa é uma garantia que apenas o imputado possui. [...] O ponto mais problemático é, sem dúvida, o valor probatório da palavra da vítima. Deve-se considerar, inicialmente, que a vítima está contaminada pelo “caso penal”, pois dele fez parte. [...] Logo, apenas a palavra da vítima jamais poderá justificar uma sentença condenatória. Mais do que ela, vale o resto do contexto probatório [...]. No entanto, a jurisprudência brasileira tem feito duas ressalvas: crimes contra o patrimônio, cometidos com violência ou grave ameaça, e crimes sexuais. Nesses casos, considerando que tais crimes são praticados – majoritariamente – às escondidas, na

mais absoluta clandestinidade, pouco resta em termos de prova do que a palavra da vítima [...]. Nesses casos, a palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência de motivos que indiquem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório, tem sido aceita pelos tribunais brasileiros para legitimar uma sentença condenatória. (LOPES, 2011, p. 633-636)

Diante de tais afirmativas, é possível afirmar que a testemunha exerce um papel que busca resgatar da memória uma lembrança passada, com a finalidade de fornecer ao juiz o conhecimento sobre aquilo que viveu, viu ou ouviu.

E é exatamente dentro desse resgate das memórias que se tem a formação das falsas memórias, tendo em vista a fragilidade da mente humana, que pode ser extremamente falha.

Ainda que o artigo 213 do Código de Processo Penal traga a previsão de que o depoimento será, em sua essencialidade, objetivo, dentro da realidade é humanamente impossível afastar a subjetividade inerente a qualquer ser humano, a qual decorre da influência de fatores externos e internos diversos, tais como o sexo, a idade, as condições da memória no momento do depoimento prestado, o grau de sugestibilidade e as emoções dentro da vivência dos acontecimentos.

5 FALSAS MEMÓRIAS

Ao se tratar das falsas memórias, temos que a mesma é bastante discutida entre os estudiosos, ganhando poder na sistemática jurídica dada as possibilidades de implicações no âmbito forense. Sobre a abrangência mundial do objeto de estudo, veja-se:

Nos países europeus, norte-americanos e na Oceania, os avanços científicos têm impactado áreas

aplicadas, como a da Psicologia do Testemunho, por exemplo, nas práticas de entrevistas para obtenção de testemunhos e nas técnicas de reconhecimento de suspeitos. Tais impactos levaram a mudanças na legislação desses países, tanto em relação a essas práticas quanto a outras questões acerca da apreciação dos depoimentos de testemunhas. Além disso, várias técnicas psicoterapêuticas estão sendo revistas em função do que se sabe hoje sobre os mecanismos que podem reduzir ou aumentar as Falsas Memórias. (BRAINERD, 2010, p. 10)

De acordo com os estudos feitos acerca do tema, tem-se que a memória é construída a partir de informações que são armazenadas juntamente com diversos novos elementos cotidianos que passam a agregar tais informações. Aury Lopes Júnior leciona que “cada vez que recordamos, interpretamos e agregamos ou suprimimos dados, daí por que, na recuperação da memória de um evento, distorções endógenas ou exógenas se produzirão”.

É possível concluir, assim, que muitas recordações de determinadas experiências não serão recordadas com tanta facilidade, já que fatores diversos podem e influenciam nas memórias de cada indivíduo, inclusive em se tratando de situações que elevem as emoções humanas, capazes de gerar uma falsificação da lembrança.

De forma resumida, ao se falar das Falsas Memórias, tem-se que as mesmas surgem a partir da interferência de terceiros ou de uma recriação na mente do próprio indivíduo, já que os instrumentos de recuperação e aquisição das memórias são suscetíveis a diversas falhas, o que pode levar o sujeito a erro.

Em que pese essa fragilidade das memórias humanas, é importante mencionar que nem toda memória pode e será distorcida, e nem todas as pessoas serão questionáveis. Há, contudo, pessoas e situações as quais os estudos revelam que são mais propícias a reproduzir falsas memórias, como no caso das crianças, já que as mesmas possuem a tendência de tentar atender a expectativa dos

adultos que podem influenciar nas falas dos infantes, bem como das pessoas que sofreram algum evento traumático, o que reafirma a existência de interferência das emoções no processo de memória.

Os fatores mais decisivos que podem contribuir para que se surja o fenômeno das Falsas Memórias estão intimamente ligados à percepção da autoridade e a confiança na fonte de informação.

Um juiz, um policial, os pais, os professores, os especialistas e os meios de comunicação funcionam em geral como fontes de informação creditáveis e uma sugestão falsa destes, induzida intencional ou acidentalmente, pode levar à formação de uma memória falsa (LOFTUS, 1997, p. 72).

É de extrema importância alertar que o fenômeno aqui estudado em nada guarda relação com a mentira. Inclusive, acerca do tema:

As Falsas Memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas; elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras pelo fato de as Falsas Memórias serem compostas, no todo ou em parte, por lembranças de informações ou de eventos que não ocorreram na realidade. É fenômeno fruto do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória (STEIN, 2006, p. 60-74)

Assim, tem-se que as Falsas Memórias constituem um fenômeno natural relativo à memória humana, fazendo alusão a fatos específicos dentro de diversos eventos como se realmente fossem verídicos, quando, na realidade, se quer ocorreram.

6 FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Como se afirmou em tópico próprio, as falsas memórias não são mentiras, tampouco são exteriorizadas de forma intencional. Faz-se necessária, agora, a análise da prova testemunhal em conjunto com as falsas memórias e sua interferência no processo penal, especialmente em se tratando na análise de crimes sexuais.

Por não ser baseada em mentiras e um fenômeno não intencional, as falsas memórias não enquadram o indivíduo no crime de falso testemunho ou falsa perícia, previstos no art. 342 do Código Penal.

Acerca do tema, EISENKRAEMER afirma que:

A informação original sofre alterações, sendo enriquecida com detalhes e informações adicionais, os quais a corrigem, reescrevem ou reconfiguram e, até mesmo, preenchem lacunas informativas com passagens que simplesmente não foram vivenciadas, momento no qual se formam as Falsas Memórias.

Dentro do processual penal, em se tratando das falsas memórias, Di Gesu leciona que: O enfoque especial, quando se trata de prova penal e das falsas memórias, é justamente a prova oral. Prossegue o autor aduzindo que “[...] em que pese a necessidade de a prova no processo criminal ser muito mais robusta do que a do cível, a prova testemunhal, muitas vezes, é a única a embasar não só a acusação, como também a condenação, diante da ausência de outros elementos”.

Asseverando acerca da fragilidade da memória humana, faz-se necessário uma nova análise dentro processo penal, já que o mesmo se mostra, ainda, muito vinculado a prova oral que é produzida pela testemunha ou pela vítima. Principalmente se tratando de infrações não deixam vestígios, já que as decisões condenatórias nesses casos, em sua maioria, são fundamentadas de forma exclusiva na palavra da vítima.

Aury Lopes Júnior, com precisão, aduz:

É nos crimes sexuais o terreno mais perigoso da prova testemunhal (e, claro, da palavra da vítima), pois é mais fértil para implantação de uma falsa memória. [...] Isso dá uma dimensão do que é possível criar em termos de falsas memórias e das graves consequências penais e processuais que elas podem gerar.

Nesse sentido, tem-se que o crime, enquanto construção lógica de fatos passados, está ligado a memória de quem narra, que, por sua vez, poderá receber diversas interferências externas que podem dar ensejo as falsas memórias.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como estudado, a prova testemunhal exerce papel importante dentro do processo penal, principalmente nos crimes que não deixam vestígios, tendo em vista que os mesmos são embasados, em sua maioria, nas provas testemunhais. Tal meio de prova visa trazer ao conhecimento do julgador a recordação daquele que é chamado para prestar depoimento.

Ocorre que, em razão da fragilidade da memória humana, que pode sofrer interferências diversas, a experiência forense vem demonstrando que tais provas podem ser suscetíveis de inúmeras falhas, sendo importante lembrar que essas falhas não guardam relação com a mentira e também não são intencionais, razão pela qual não irão enquadrar o sujeito nos crimes de falso testemunho ou falsa perícia, são lapsos normais da memória humana.

Algumas pessoas são suscetíveis de serem inseridas no objeto das falsas memórias, como as crianças, dada a facilidade de influência das mesmas pelos adultos, especialmente os adultos enquanto entrevistadores dessas, bem como as pessoas que sofrem eventos traumáticos, como no caso dos crimes sexuais, em que, tendo em vista

as diversas emoções sofridas, tendem a exteriorizar em suas memórias fatos que não ocorreram. Nota-se que as influências sofridas podem ser diversas.

Quanto ao depoimento testemunhal, tem-se que o mesmo se constitui como um dos principais meios de prova dentro da sistemática do processo penal, já que o mesmo possui a finalidade de tentar reconstruir e aproximar, no presente, o julgador de um fato passado ocorrido, sendo que o fenômeno das falsas memórias pode contaminar o processo penal e colocar em risco um dos bens mais valiosos tutelados pela Constituição Federal, qual seja, a liberdade.

Diante desse fenômeno, é importante que seja observado, sobremaneira, os princípios do contraditório e da ampla defesa, possibilitando ao acusado que forneça elementos probatórios suficientes que contribuam para a destituição das falsas memórias.

Assim, em se tratando da fragilidade das memórias humanas, faz-se necessária uma análise cuidadosa da prova testemunhal, principalmente em se tratando de crimes em que se percebe o alto teor de emoções e acontecimentos traumáticos, já que esses influenciam, e muito, no surgimento das falsas memórias.

REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las Pruebas Judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1959, V.I.

BRAINERD, Charles J. Prefácio. In: STEIN, Lilian Milnitsky; et.al.. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 13 -18.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 de março de 2021.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

EISENKRAEMER, Raquel Eloísa. O lado sombrio do conhecimento prévio: a construção de falsas memórias a partir da leitura. In: CONGRESSO DE LINGÜÍSTICA E COGNIÇÃO, 5., 2008. **Anais do V Congresso Linguística e Cognição**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009, p. 120-142.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOFTUS, Elizabeth. **Criando Falsas Memórias**. Revista Scientific American, ano 3, n. 277, set. 1997, p. 70-74.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8^a ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAIVA, Anderson de. **O Princípio do contraditório e da ampla defesa e sua influência em nosso sistema criminal**. Disponível em <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/9358/1/APGabriel.pdf>>.

ROSA, Inocência Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

ROVEGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas: Bookseller, 2005.

STEIN, Lílian Milnitsky. **Memória, humor e emoção**. Revista de Psiquiatria, ano 1, n. 28, jan./abr. 2006, p. 60-74.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, V. II.

O DESACERTO JURÍDICO FRENTE À PROGRESSÃO DOS CASOS DE FEMINICÍDIO NO BRASIL

Kássia Duarte Silva

Thayssa Navarro De Aquino Ribeiro

INTRODUÇÃO

Atualmente, o Brasil é o 5º país no mundo em que mais se matam mulheres, de acordo com o Mapa da Violência de 2015 (WAISELFISZ, 2015).

O crime de feminicídio é conceituado como o homicídio que é cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, a condição é estipulada quando o crime implica em violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à conjunção feminina. Através da lei 13.104/15, o Código Penal Brasileiro passou a prever este crime como uma qualificadora no corpo do artigo 121, parágrafo 2º, inciso IV (BRASIL, 2015).

Nos crimes que resultam a morte de mulheres, conseguir chegar ao elemento volitivo, desvendar o dolo e a conduta do agente, é um caminho árduo e minucioso a se percorrer, pois é preciso constatar que o delito se motivou genuinamente por razão do gênero feminino. Assim sendo, é fundamental realizar a distinção do dolo em cada crime para concluir em qual tipificação penal irá se encaixar, a fim de evitar a aplicação equivocada dos institutos causando discrepâncias no curso do processo.

O *animus* do agente que comete um homicídio simples, é o *animus necandi*, o crime pode ser cometido por inúmeras razões, tendo como maior incidência o motivo fútil, como por exemplo brigas domésticas e discussões entre pessoas alcoolizadas e munidas de armas (GOMES, 2021).

Face ao exposto, é de suma importância realizar uma análise detalhada acerca do crime de feminicídio sob a ótica da atuação do

ordenamento jurídico, para melhor explorar onde existem falhas e lacunas legislativas.

O presente artigo tem como finalidade examinar em quais momentos o ordenamento jurídico falhou ao inibir a incidência de tal crime, bem como a necessidade de um novo tipo penal que torne o feminicídio um crime autônomo.

A metodologia do presente trabalho envolve a análise de casos concretos, apontando falhas no ordenamento jurídico e propondo sugestões a fim de saná-las. O aludido estudo conta com dados e fundamentos coletados através de abordagem qualitativa, com base em casos práticos, bibliografias, doutrinas e lei.

1 A CONCEITUAÇÃO DE FEMINICÍDIO E A LEI 13.104/15

O corpo social nem sempre condenou a negligência e responsabilidade do Estado em perpetuar o assassinato de mulheres, pois, a violência contra a mulher não é um fato novo, pelo contrário, é uma hostilidade presente desde o início dos vínculos sociais. O conceito e estudos acerca do tema surgiram por volta dos anos 1970, onde notou-se a necessidade de averiguar e ceder uma atenção especial acerca do tema (DOSSIÊ FEMINICÍDIO, 2021).

Sendo conceituado como assassinato de mulheres, o feminicídio é cometido na grande maioria das vezes por homens, firmados em razão do ódio, desprezo, prazer ou sentimento de posse sobre a vítima. Muito se justifica pela perspectiva da desigualdade de poder entre homens e mulheres, que se atribui a crença de que lhes é assegurado o direito de domínio nas relações com as mulheres, seja no meio íntimo, ou na vida social pública.

A violência contra a mulher é definida como qualquer comportamento que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, moral, econômico ou psicológico à mulher em decorrência de seu gênero, podendo ser observada nas seguintes situações: no âmbito familiar ou na agressão em qualquer ambiente onde a pessoa conviva com a vítima ou já tenha convivido.

O homicídio doloso de mulheres cometido por homens é a manifestação mais grave, violenta e brutal da violência perpetrada contra a mulher e, em sociedades patriarcais, a condição feminina é o fator de risco mais importante para a violência letal, embora possa haver maior incidência em mulheres que possuem condicionantes raciais, étnicos, de classe social inferior.

A aferição feita pelo Mapa da Violência de 2015 concluiu que o homicídio de mulheres no Brasil, comparado com dados de 2013 do Ministério da Saúde, apontou a violência doméstica e familiar como principal forma de violência letal praticada contra as mulheres no Brasil (WASELFISZ, 2015). Sendo possível observar que os relatos de violência, nos últimos três meses, que antecederam essa última pesquisa, considerando a mulher como vítima, classificaram-se da seguinte forma: 10,8% como violência física, 48,3% como agressão psicológica, 7,8% como coerção sexual e 4,7% como injúria. No que se refere à prática de violência contra os filhos, 70,5% das mulheres relataram agressão psicológica, 51,4% admitiram o uso de punição corporal e 9,8% praticaram maus-tratos físicos (WASELFISZ, 2015).

Uma década depois da Lei Maria da Penha, diante o agravamento de assassinatos contra a mulher e à positivação em lei efetuada por vários países, iniciou-se no Brasil debates acerca da criação de uma lei específica para o crime de feminicídio. Após uma série de discussões envolvendo diversos setores da sociedade, instituições e movimentos sociais, o Congresso Nacional decretou em 09 de Março de 2015 a Lei 13.104/15 que passou a considerar a questão de gênero como circunstância qualificadora do homicídio, ou seja, o assassinato de uma mulher cometido por razões de gênero, quando o crime se origina por meio de violência doméstica e familiar, e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, tal crime passa então a ocupar um espaço de destaque no Código Penal Pátrio (BRASIL, 2015).

Poucas transformações no ordenamento jurídico brasileiro foram tão significativas para os direitos da mulher quanto o advento da Lei 13.104/15, antes da referida Lei não existia nenhum tipo de penalidade diferenciada pelo fato de o homicídio ser praticado contra

a mulher por razões de gênero ou não. Pretérito à lei que trata o delito como um crime específico, o feminicídio era penalizado de forma abstrata, como sendo um homicídio simples, com pena variando de seis a vinte anos (BRASIL, 2015).

No entanto, após a evolução legislativa o crime de feminicídio veio a ser definido e acrescentado legalmente no art. 121 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), sendo compreendido como circunstância qualificadora do crime de homicídio (BRASIL, 2015), tendo a pena culminada de 12 a 30 anos de prisão (BRASIL, 1940), em conjunto a isso, o crime foi também adicionado ao rol dos crimes hediondos (BRASIL, 1990).

Além do aumento penal, o aspecto mais importante da inclusão é de proporcionar uma oportunidade mais ampla para que as pessoas entendam o assassinato de mulheres e, ao mesmo tempo, entendam com mais precisão suas dimensões e características nas diferentes realidades vividas pelas mulheres brasileiras, causando mais visibilidade de forma a aprimorar as políticas públicas, para contê-las e tomar medidas preventivas.

1.1 IMPRESCINDIBILIDADE DE SE TORNAR UM CRIME AUTÔNOMO

O crime de feminicídio, atualmente, é previsto tão-somente como uma circunstância qualificadora do crime de homicídio no Código Penal brasileiro, desde a entrada em vigor da Lei nº 13.104/2015 (BRASIL, 2015).

O feminicídio possui profundas raízes culturais decorrentes de costumes que outorgavam o 'direito de punir' as mulheres. Sendo assim, é de fato necessário mais uma tipificação penal criando o crime autônomo de feminicídio, ainda que o Código Penal preveja o crime de homicídio em seu artigo 121, pretérito à Lei do feminicídio existia uma grande lacuna onde era possível argumentar sobre a legitimidade do assassinato de mulheres, sendo em decorrência disso, atenuado e amenizado.

A violência contra a mulher é um acontecimento de caráter permanente, logo, criar o tipo penal autônomo de “feminicídio”, é um subterfúgio importante para distinguir o que é um assassinato de mulher em razão de gênero, para um homicídio simples, afastando tal crime da invisibilidade, para tanto, é preciso destacar as particularidades associadas às razões de desigualdades para conhecer melhor a proporção do problema e os contextos em que morrem as mulheres.

Segundo a pesquisa Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha, a Lei pôde comedir o crescimento por volta de 10% da taxa de assassinatos de mulheres praticados nas residências das vítimas (IPEA, 2021). Por conseguinte, é notório o retorno benéfico quando há investimento na divulgação da Lei e na criação dos serviços e mecanismos para efetivá-la, por conta disso, a criação de um crime autônomo pode ser considerada urgente e imprescritível no enfretamento a morte de mulheres, gerando maior visibilidade para o feminicídio, buscando evitar que as vidas de milhares de mulheres se resumam estatísticas alarmantes.

2 DA FALHA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Abundante número de mulheres são violentadas diariamente no Brasil, porém, grande parte destes casos não são denunciados pelas vítimas por medo. As mulheres agredidas se escondem e omitem a turbulenta realidade que vivenciam, por conta do temor das ameaças de seus agressores, ou da impunidade que será atribuída a eles.

Apesar de existir meios de proteção às vítimas de violência doméstica, essa condição não deve recair tão somente ao Direito Penal, é dever do Estado introduzir a devida punição aos agressores, se faz necessário investigar levando em conta as violências passadas, como se iniciam os abusos e onde ocorre a omissão do Estado que acaba por facilitar a concretização do crime.

Quando o Estado não responsabiliza os autores de atos de violência e a sociedade tolera tal violência, a impunidade não só

estimula novos abusos, como também transmite a ideia de que a violência contra as mulheres é aceitável, e ou normal em algum nível. O ordenamento jurídico brasileiro, principalmente o direito penal, deve atuar como meio de repressão a violência contra mulher visando evitar e conter tal crime.

É imprescindível que o Estado se empenhe para que sejam instaladas novas políticas de fiscalização ao cumprimento das medidas protetivas por parte do agressor, devendo ser assegurado à vítima que ao ligar para o 190 no momento do descumprimento da medida, ela irá obter a presença de um policial para atendê-la, salvaguardando-a.

O Estado é o maior violador de direitos humanos de uma grande parcela da população; então, por que essa população iria buscar esse mesmo Estado para proteção? As mulheres mais vulneráveis já têm uma desconfiança, e, quando recebem um acolhimento inadequado ou um não acolhimento, elas desistem. Por que vou confiar, vou criar uma expectativa em quem sempre me derruba em todos os meus direitos: meu direito à moradia, meu direito à saúde, à educação? Por que vou acreditar que terei essa proteção, se desde que eu me entendo por gente eu não tive o mínimo (PRATA, 2016, p.01).

Nesse sentido, reconhecer a morte de mulheres também é importante para ajudar a diagnosticar com precisão a violência fatal contra a mulher no Brasil, avançando com ações preventivas. É dever da administração pública criar mecanismos para proteger as vítimas de violência, enquanto a lei garante direitos às mulheres violentadas, o papel do governo é promover condições favoráveis na proteção da vítima, construindo abrigos dignos com profissionais competentes para ressocialização desta que sofreu traumas psicológicos, físicos e/ou morais.

Existem inocuidades na aplicação da Lei Maria da Penha, vez que, o Estado não presta suporte necessário para amparar as vítimas,

assegurando a elas uma vida livre de violência que pode agravar para morte. É importante e fundamental a reflexão que o feminicídio ocorre em silêncio, a agravatória omissão e a negligência por parte das autoridades que deveriam agir e proteger as vítimas, é fatal.

2.1 NECESSIDADE DE MEDIDAS INIBIDORAS PARA O ENFRENTAMENTO DO DE FEMINICÍDIO E DA IMPRESCINDIBILIDADE DE SE TORNAR UM CRIME AUTÔNOMO

Em se tratando do crime de feminicídio, é necessário realizar investigações minuciosas a fim de nomear, visibilizar e conceituar e definir as mortes violentas de mulheres, com a finalidade de que se aplique o direito material das vítimas. Em decorrência disso, nasce a necessidade de definir quais são os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal que diferencie esse crime do homicídio simples.

É fundamental atentar que nem todos os homicídios cujas vítimas são mulheres será necessariamente um feminicídio, é preciso identificar no caso concreto se as razões de gênero influenciaram ou não no crime, ao analisar as circunstâncias, meios e modos utilizados para a prática do crime, bem como as características do agressor e da vítima e do histórico pretérito de violência, podem auxiliar a revelar as razões de gênero por trás de um feminicídio.

No caso do feminicídio, o dolo é o mesmo do homicídio simples, *animus necandi*, no entanto, são envolvidos nessa esfera diversos fatores que diferenciam e especificam a singular intenção do agente ao cometer o crime de feminicídio, podemos notar nos casos concretos que a incidência maior de vulnerabilidade das mulheres que são mortas pelos parceiros íntimos, são quando a relação incide em casos que haja grande diferença de idade entre os cônjuges, ou uma situação marital que não seja formalizada legalmente, ou em hipóteses em que houveram tentativas pretéritas da mulher em se separar do cônjuge, frisando principalmente os três meses que

antecederam o assassinato, e o recorrente histórico de violência e agressões (DOBASCH; DOBASCH, 2004).

Conforme a normativa internacional, os Estados nos casos de violência contra as mulheres por razões de gênero, possuem quatro obrigações: atuar com diligência, prevenção, investigar e sancionar, e garantir uma justa e eficaz reparação, ou seja, é dever do Estado empenhar-se em adotar medidas a fim de coibir e erradicar o crime de feminicídio (PASINATO, 2016).

Em suma, elaborar um planejamento sólido e eficaz para conseguir amparar cada mulher afetada pela violência para que se busque evitar a consumação fática do crime de feminicídio, protegendo a vítima de forma mais célere e perspicaz. Dentre os maiores obstáculos pode-se notar escassez empenho político para entestar os crimes cometidos; as barreiras existentes para as conclusões de investigações incluindo omissões, erros e negligências, prejudicando diretamente o julgamento dos acusados; a revitimização da vítima; a ausência de acesso à Justiça de modo a eliminar a impunidade atribuída aos crimes de violência contra as mulheres.

O feminicídio é a ponta do iceberg. Não podemos achar que a criminalização do feminicídio vai dar conta da complexidade do tema. Temos que trabalhar para evitar que se chegue ao feminicídio, olhar para baixo do iceberg e entender que ali há uma série de violências. E compreender que quando o feminicídio acontece é porque diversas outras medidas falharam. Precisamos ter um olhar muito mais cuidadoso e muito mais atento para o que falhou (CAMPOS, 2016, p.01).

Portanto, para que o enfrentamento da violência do gênero seja mais efetivo, é necessário superar árduos desafios além dos que recaem ao Poder judiciário, como a fragilidade das mulheres vítimas de violência para denunciar e manter a denúncia; a incompreensão e a resistência dos agentes sociais responsáveis pelos atendimentos

e encaminhamentos, e o permanente medo do agressor que possivelmente será visto como parte mais entendida da situação.

As violências praticadas contra as mulheres, que resultam em mortes, são a manifestação mais extrema de diversas desigualdades historicamente construídas, que vigoram ainda hoje, nos âmbitos social, político, cultural e econômico em sociedades marcadas por sistemas discriminatórios, como é o caso brasileiro. Assim sendo, é necessário que as medidas preventivas tomadas sejam realmente eficazes, efetivando o amparo jurídico as vítimas de violência doméstica, já que é daí que começa os indícios da continuidade de violência, podendo acarretar no crime de feminicídio.

Os feminicídios são cometidos diariamente tanto na esfera privada como na pública, ainda que em circunstâncias e contextos diversos, em que as discriminações e menosprezos com a condição feminina assumem variadas formas, mais ou menos evidentes, porém, com o mesmo desfecho fatal.

Podem ser observadas como condições estruturais das mortes violentas de mulheres por razões de gênero as seguintes: em primeiro lugar, a ordem patriarcal, onde a desigualdade estrutural de poder inferioriza e subordina as mulheres aos homens. Em segundo lugar, a violência sexista, onde o sexo das vítimas é o fator determinante para a sua ocorrência. Terceiro lugar, são mortes evitáveis, uma vez que, o emprego de violência e a intenção no ato reforçam o caráter de desprezo pela mulher e pelo papel social que lhe é atribuído. Por último, é um fenômeno social e cultural enraizado, pois, não se tratam de casos isolados que ocorrem de forma eventual, mas sim, episódios que ocorrem de forma contínua, encerrando de forma traumática com a vida de mulheres, ou ainda tornando mais difícil a sua existência depois de ter sido vítima de violência de qualquer espécie (DOSSIE FEMINICIDIO, 2016).

Ao particularizar essas mortes não se pode deixar de observar as configurações na organização social incidindo em mudanças de comportamento, em culturas de honra, a proliferação de organizações

criminosas que exploram as mulheres e as descartam quando não são mais necessárias ou para intimidar outras mulheres.

O feminicídio possui profundas raízes culturais decorrentes de costumes que outorgavam o ‘direito de punir’ as mulheres. Sendo assim, é de fato necessário mais uma tipificação penal criando o crime autônomo de feminicídio, ainda que o Código Penal preveja o crime de homicídio em seu artigo 121, pretérito à Lei do feminicídio existia uma grande lacuna onde era possível argumentar sobre a legitimidade do assassinato de mulheres, sendo em decorrência disso, atenuado e amenizado.

A existência de uma ilusória aparência de que existe uma “maior proteção” em favor do gênero feminino, tem como fulcro ultrapassar a barreira da igualdade meramente formal para buscar uma efetiva igualdade material da mulher face ao homem, equiparando-as à posição destes e compensando eventuais desigualdades historicamente arraigadas em nossa cultura. Nesse sentido, a presente lei juntamente com a criação de um tipo penal autônomo fortalece a ideia de trazer o cumprimento do princípio da igualdade material, mas acima de tudo, o da dignidade da pessoa humana, de modo a igualar o status entre homens e mulheres nas suas desigualdades. Para o enfrentamento do feminicídio é primordial dominar quais são as características do crime, visibilizar e reconhecer as relações de poder desiguais que colocam a vítima em local de maior vulnerabilidade a condição feminina, observar o contexto discriminatório que permeia as violências, para a partir daí implantar medidas de prevenção que sejam eficazes para evitar que elas se perpetuem até o extremo do assassinato.

Determinar quais são as características do feminicídio é um passo significativo, mas ainda mais fundamental é buscar meios para coibir o crime, produzindo a percepção de que se trata de mortes decorrentes da desigualdade de gênero e que, muitas vezes, o assassinato acaba sendo o fático desfecho de um longo histórico de violências.

O feminicídio é considerado um crime evitável, poderia não ocorrer ou ocorrer com menos incidência caso existisse uma atuação mais presente do Estado que, por ação ou omissão, acaba

compactuando com a perpetuação destas mortes. Dentre os elementos mais significativos da Lei nº 11.340/2006 estão as medidas protetivas às mulheres em situação de violência doméstica, que visa prevenir que a violência chegue ao extremo do crime contra a vida, o feminicídio (BRASIL, 2006).

Pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o descumprimento das medidas protetivas não configura o crime de desobediência previsto no Código Penal, no entanto, com a jurisprudência do STJ, a Lei Maria da Penha já prevê a decretação da prisão preventiva como forma de garantir a execução da ordem judicial - Habeas Corpus Criminal 1.0000.21.076051-8/000. Relator Des. Sálvio Chaves. 7ª CÂMARA CRIMINAL (TJMG, 2021). Assim, é cabível a prisão em flagrante do agressor que tenha violado a lei e tenha cometido uma desobediência de ordem judicial, sempre nas hipóteses em que a ação ou omissão se depare com um dos elementos contidos nas medidas protetivas contidas na Lei nº 11.340/06 (BRASIL, 2006). Resta, portanto, que haja um maior empenho e interesse Estatal para implementação de um espaço especial e autônomo no ordenamento jurídico brasileiro para o crime de feminicídio, e adoção de medidas realmente eficazes quanto a acareação do crime.

CONCLUSÃO

Diante a problemática da progressão do crime de feminicídio no Brasil, o que se espera é a aplicação direta e imediata da Constituição Federal e consequentemente, a preservação dos direitos fundamentais, a Lei do Feminicídio em conjunto a Lei 11.340/06, demonstram eficácia, competência e visibilidade que trouxeram o assunto a pauta, porém não havendo o devido suporte Estatal, gera impunidade que isso não está ligada a deficiência da lei, está na insuficiência na execução desta.

Um aspecto primordial no debate sobre o feminicídio é que, na maioria dos casos, a ocorrência da violência fatal é preexistida por violências anteriores no âmbito familiar que se perpetuaram até o momento do assassinato. Sendo assim, muitas dessas mortes

poderiam ser evitadas se a violência contra as mulheres fossem prevenidas, sobretudo pelo Estado que têm o dever de agir quanto a proteção dos direitos fundamentais, como a vida.

É de conhecimento que o feminicídio é a etapa final da continuação da violência contra a mulher, muitas destas mortes são “anunciadas” e evitáveis, a tentativa de supressão da violência contra a mulher que chega ao nível fatal do feminicídio, é uma luta permanente de um processo que ainda não acabou. Para tanto, é necessário a atuação mais vigorosa do ordenamento jurídico a fim de frear a incidência maçante deste crime criando e efetivando mecanismos de proteção á mulher.

Enquanto o Judiciário aplica a lei, o poder público não consegue agilidade na ação policial para atender as ocorrências, dando proteção à mulher, vítima da violência doméstica, desta forma, cabe aos órgãos competentes executar adequadamente a Lei que ampara a mulher, vítima da violência doméstica.

Portanto, face ao exposto, é preciso que o Estado adote medidas necessárias visando prestar a apta proteção que sejam de fato eficazes às vítimas, implantando ações voltadas ao combate à violência doméstica, visando frear e inibir que a violência doméstica culmine na fatalidade do crime de feminicídio.

REFERÊNCIAS

----- . **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2021.

----- . 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: 20 ago. 2021.

----- . Decreto Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021.

----- . Lei nº 11.340, de 07 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/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021.

----- . Lei nº 13.104, de 09 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/113104.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021. Acesso em: 11 out. 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 16 de março de 2015; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021. Acesso em: 11 out. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de. **O que é feminicídio?** Depoimento concedido ao Instituto Patrícia Galvão - Dossiê digital que sistematiza dados e pesquisas, reúne informações e análises estratégicas e disponibiliza um banco de fontes e ferramentas de busca facilitada - tudo para contribuir para a divulgação de informações e o debate sobre o tema. Diretrizes Nacionais Feminicídio/2016. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/femicidio/capitulos/o-que-e-femicidio/>> Acesso em: 10 out. 2021.

DOBASCH, R. Emerson. DOBASCH, Russel P. **Not an ordinary killer – just an ordinary guy – when men murder an intimate woman partner. Violence against women, 2004;** 10(6):577-605. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/249675333_Not_an_Ordinary_Killer-_Just_an_Ordinary_Guy_When_Men_Murder_an_Intimate_Woman_Partner>. Acesso em: 10 out. 2021.

DOSSIÊ FEMINICÍDIO. **O que é feminicídio?** Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/femicidio/capitulos/o-que-e-femicidio/>> Acesso em: 10 out. 2021.

GOMES. Luiz Flávio. **Por quais motivos são assassinadas 57 mil pessoas no Brasil?** Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/124130183/por-quais-motivos-sao-assassinadas-57-mil-pessoas-no-brasil>> Acesso em: 10 out. 2021.

IPEA. **Atlas da violência**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/filtros-series/3/violencia-por-raca-e-genero>> Acesso em: 15 out. 2021.

PASINATO, W. Coordenadora de Diretrizes nacionais Feminicídio. **Investigar, processar e julgar com a perspectiva de gênero. As mortes violentas de mulheres Brasília: ONU Mulheres**. Secretaria de Política para as Mulheres, Secretaria Nacional de Segurança Pública; 2016. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

PRATA. Ana Rita Souza Prata. **Como e por que morrem as mulheres?** Depoimento concedido ao Instituto Patrícia Galvão - Dossiê digital que sistematiza dados e pesquisas, reúne informações e análises estratégicas e disponibiliza um banco de fontes e ferramentas de busca facilitada - tudo para contribuir para a divulgação de informações e o debate sobre o tema. Diretrizes Nacionais Feminicídio/2016. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/femicidio/capitulos/como-e-por-que-morrem-as-mulheres/>> Acesso em: 10 out. 2021.

TJMG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Habeas Corpus Criminal 1.0000.21.076051-8/000**. Relator Des. Sálvio Chaves. 7ª CÂMARA CRIMINAL. DENEGARAM A ORDEM. Data de Julgamento 19/05/2021. Data da publicação 19/05/2021. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=pris%E3o%20preventiva&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoAssunto=50004&listaAssunto=50004&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 15 out. 2021.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil - Flacso, OPAS-OMS, ONU Mulheres**,

SPM/2015. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-igp.sfo2.digitaloceanspaces.com/2015/11/MapaViolencia_2015_homicidiodemulheres.pdf> Acesso em: 13 set. 2021.

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA.

Anna Beatriz Freitas

Arthur Bastos

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de explorar o tema do aborto no Brasil, a partir da perspectiva da sua descriminalização como questão de saúde pública. O objetivo do trabalho é identificar argumentos no sentido de realçar a complexidade do tema. A metodologia desta pesquisa se utiliza de pesquisa bibliográfica em artigos científicos e de posições públicas na mídia nacional. Dessa forma, o artigo passará por etapas, que consistem primeiramente no motivo do aborto ser criminalizado no país, leis e como a sociedade se porta meio a esse assunto, logo após uma análise em países que descriminalizaram e qual a consequência desses resultados, por fim, a conclusão advinda de como a criminalização do aborto afeta majoritariamente as mulheres no Brasil, de forma que afeta a efetivação da saúde pública partida do Estado para com o cidadão, contudo são apresentados fatos e dados previamente já estudados que comprovem o dito, assim como assuntos recentes acerca do presente tema

II. DESENVOLVIMENTO

A questão do aborto está intrínseca em uma abordagem na qual as mulheres sempre tiveram que lutar muito por seus direitos, e a questão da saúde da mulher está relacionada a esse tema, dessa forma, a luz da contemporaneidade as mulheres ainda estão na busca a um serviço de saúde de qualidade, o que de fato não acontece no Brasil.

Durante pesquisas relacionadas com o tema, torna-se possível visualizar que, a mulher para o Estado era tão somente vista como

uma genitora, alguém que tão somente possuía o dever de gerar filhos, dessa forma, essa visão ultrapassada deu vazão a diversos movimentos e lutas femininas. Em relação às políticas públicas relacionadas a saúde, a mulher somente foi inserida no século XX, tendo seus direitos restritos a casos em que fossem referente gravidez ou parto, dessa forma o Estado mais uma vez se mostrando omissivo e machista em relação a saúde das mulheres, visto que este somente se preocupava caso estas estivessem perto de darem à luz a mais um indivíduo, não se preocupando com a saúde sexual de quem já estava em vida, diante disso, vimos uma versão das mulheres em uma perspectiva bem limitada, sendo somente relevante sua característica biológica.

Em meio a toda essa luta das mulheres, buscando mais visibilidade autônoma no panorama estatal, surge o Código Penal de 1940, dessa forma tipificando o crime de aborto nos artigos 124 a 128, trazendo também algumas especificidades, nas quais o mesmo não poderá ser punido, como por exemplo o artigo 128 do referido Código:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.CP- (BRASIL,1940)

O título já mencionado faz jus ao aborto praticado por médico, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, ou em casos que gestação for consequência de um estupro, porém, ocorre que na prática existem poucos hospitais cadastrados no Brasil para realizar procedimentos decorrente de abortos autorizados por lei, vale ressaltar que mesmo os cadastrados muitas vezes negam atendimento, que é um direito da mulher nesses casos. Temos também mais uma condição em que se é possível a interrupção da gravidez, o qual foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 2012, de acordo com o próprio

STF, os votos foram 8 a 2, sendo decidido então que a anencefalia é incompatível com a vida, dessa forma a gestante poderá interromper a gestação.

Contudo, como estava sendo dito, o Código Penal brasileiro entrou em vigor em 1940, (CP-BRASIL,1940) momento no qual a sociedade era completamente diferente de hoje, começando pelo elevado avanço da tecnologia, o que nos possibilita uma riqueza de informações em tempo real e em grande número, diante dessa vertente, é possível afirmar que o Direito não é uma ciência exata, tampouco estática, então, se a sociedade muda, o Direito deve acompanhá-la, para que se aproxime mais o contexto social e dos reais interesses sociais, o que nos permite afirmar de acordo com dados levantados pelo Conselho Federal de Enfermagem (COFEN), uma mulher morre a cada dois dias em decorrência do aborto inseguro, portanto, deve o Direito direcionar um de seus “tentáculos” para que possa solucionar o problema, visto que esse não se trata de um direito individual e sim coletivo.

Além de todos os argumentos já mencionados, sendo todos eles em uma visão social, podemos citar também a desigualdade, visto que essa na contemporaneidade assombra o povo brasileiro em diversos aspectos. Mesmo o aborto sendo penalmente criminalizado sabemos que o índice mesmo “as escuras” é extremamente alto, é aí que a desigualdade aparece, pois as mulheres que tomam essa difícil decisão na maioria das vezes são de baixa renda, não podendo assim custear uma clínica de alto nível para que tenha o mínimo de segurança pelo ponto de vista da medicina para que possa realizar o ato, sendo esse um fator que justifica também a hipótese do “aborto social” em caso de situação de miséria, que mulheres tomam a difícil decisão de interromper a gestação devido a sua condição social, já as mulheres que possuem um padrão de vida mais alto, conseguem pagar clandestinamente para não virar mais uma estatística no número de mortas por tentativa de aborto. As condições em que mulheres, sejam ricas ou sejam pobres se submetem, é desumana, isto porque é considerado crime, porém como já dito, quando se tem “capital” para investir, a probabilidade do êxito é maior devido ao valor pago e como

as clínicas de alto nível trabalham nesse caso, ou seja se pra quem tem dinheiro para custear já é difícil, para quem não tem o nível de dificuldade é ainda maior, visto que não possuem nada em que possam recorrer caso realmente tomem a decisão de abortar, serviço este que deveria ser fornecido pelo SUS no caso de descriminalização.

Os resultados confiáveis das principais pesquisas sobre aborto no Brasil comprovam que a ilegalidade traz consequências negativas para a saúde das mulheres, pouco coíbe a prática e perpetua a desigualdade social. O risco imposto pela ilegalidade do aborto é majoritariamente vivido pelas mulheres pobres e pelas que não têm acesso aos recursos médicos para o aborto seguro. O que há de sólido no debate brasileiro sobre aborto sustenta a tese de que “o aborto é uma questão de saúde pública”. Enfrentar com seriedade esse fenômeno significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e direitos humanos, e não como um ato de infração moral de mulheres levianas.. (Aborto e Saúde Pública no Brasil – 20 anos. Ministério da Saúde, 2009, fls. 14 e 15). (grifo nosso).

Dessa forma, é notório através de dados o descaso do País em relação a saúde de mulheres que se submetem a esse ato, não deve haver nenhum tipo de discriminação, pelo contrário, como já demonstrado é dever do Estado, e está relacionado a dignidade da pessoa humana, o fornecimento de saúde.

II.I. A DESCRIMINALIZAÇÃO NA ARGENTINA

A luz da contemporaneidade e a dissertação sobre o tema, temos a Argentina como principal referência, visto que se tornou o país mais populoso da América do Sul a despenalizar o aborto, a lei entrou em vigor 10 dias após o dia 30 de dezembro de 2020, data na qual o

senado argentino aprovou a legalização do aborto no país, podendo então ser praticado por todas as mulheres maiores de 16 anos até a décima quarta semana de gestação, a mobilização feminina em busca de direitos de saúde sexual conseguiu enfim colher o fruto desejado.

A professora da Universidade de São Paulo (USP), Stella Franco, relata que

: “Na Argentina, a participação das mulheres na vida pública foi muito favorecida por uma cultura política que se formou lá desde o século 19, que foi do incentivo à leitura, à discussão, que a gente chama de ampliação do espaço republicano. Os argentinos se tornaram leitores e isso favoreceu uma autonomia do campo das ideias, uma autonomia do campo intelectual e isso afetava também, obviamente, a vida das mulheres, que passaram a ler, a estudar, que almejavam se formar na universidade e também participar dos debates públicos, que também afetam a vida delas.” (Stella Franco, 20221).

Observando o breve trecho de fala da professora, e mesmo com a semelhança entre os países, é possível notar que a população argentina, foi mais estimulada a leitura e conhecimento do que aqui no Brasil, dentro da circunscrição do nosso país, visualizamos que o estímulo, principalmente das mulheres, a educação e a se inserirem no mercado de trabalho foi praticamente inexistente, a falta de investimento correto em educação e cultura social, traz reflexos contemporâneos, os quais refletem em uma sociedade que se preocupa mais com o interesse individual do que com o coletivo, o tema “aborto” vem sendo colocado em pauta por diversas vezes, porém quem possui competência de legislar sobre o tema, se afunda em uma grande questão ideológica e religiosa, o que devia ser discutido para que a saúde pública no Brasil prospere e que o direito das mulheres seja reconhecido e não penalizado, acaba virando alvo de disputas partidárias, em uma imensa “briga de ego” na qual quem está inserido se preocupa mais em ganhar a disputa do que solucionar e levar adiante, dessa forma o assunto não é se quer votado.

Como vem sendo levantado de forma recorrente nesse artigo, o que mais motivou a Câmara dos Deputados e o Senado na Argentina,

foi exatamente a questão da saúde pública, visto que é impossível ser “pró-vida” sem se preocupar com vidas já existentes que são anualmente dizimadas por uma omissão estatal, foi estimulado de acordo com o relatório da Human Rights Watch (HRW, 2021), que antes da descriminalização, ocorria em média, 520 mil abortos clandestinos anualmente na Argentina, sendo 40% desses, resultantes em internações, vale ressaltar também que nos últimos 30 anos 3.000 mulheres morreram vítimas desse processo clandestino, infelizmente esses números não assolavam apenas territórios argentinos, é uma realidade dos geral dos países latino americanos, incluindo dessa forma o Brasil.

Antes de obter êxito na conquista o país argentino teve outras tentativas, dentre elas A Professora Emérita da FFLCH, Eva Blay, em 1993, exercendo seu papel como senadora, exibiu o projeto de lei, o qual tinha como finalidade a legalização do aborto até a décima segunda semana de gestação, o que motivou a iniciativa de senadora e professora foi a apresentação de dados e números referente as mulheres que corriam risco de morte em decorrência dos procedimentos ilegais e clandestinos, levantando assim uma questão de saúde pública tão somente, fora pedido por ela que fosse debatido sem levar em considerações aspectos ideológicos ou religiosos, e sim as vidas que eram perdidas entre a linha tênue da criminalização, mesmo diante disso, a senadora foi atacada por grupos religiosos, e seu projeto de lei foi arquivado.

Diante dos fatos já apresentados, é possível concluir que a motivação para que o projeto de lei fosse aprovado na Argentina, é exatamente a questão que aqui está sendo levantada, para que o corpo feminino não receba descaso, e que deixem de lado as opiniões acerca do tema, colocando acima de seus interesses, o interesse da coletividade, se preocupando com a vida das mulheres, e por fim, é valido afirmar que a descriminalização não aumenta o índice de aborto, porém assim que ele se torna legal, a tendência é que o Estado tenha controle de todas as pacientes que o realizarem, o que não acontece quando ocorre de forma clandestina, pois é praticamente impossível

a fiscalização como um todo, gerando assim uma falsa impressão em que os índices de realização do aborto aumentaram.

II.II. O DEBATE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

O presente tema fora assunto de audiências públicas, realizadas pelo STF no ano de 2018, estas foram realizadas buscando uma pacificação do tema, o que de fato não ocorreu, a questão que mais assombra tratando-se do caso em pauta é a extrema discordância entre grupo civis acerca do tema levantado.

É notório a laicidade do Estado, porém é de conhecimento a liberdade de expressão, desde que essa se limite a esfera civil de terceiro não afetando nenhum bem jurídico tutelado pelo Direito, dessa forma ocorre que é reconhecido o direito de grupos religiosos opinarem sobre o tema, entretanto para esses segmentos religiosos há vida desde a concepção, mesmo que a ciência prove o contrário, com base em que antes da décima segunda semana de gestação o feto não possui a formação do sistema nervoso central, se não há esse quesito para a ciência não há vida, conseqüentemente diante desse cenário, para essas pessoas a gestante que escolher interromper a gravidez mesmo durante esse período de tempo é tratada como alguém que interrompe a vida humana

Diante do já apresentado, quando foi aberta essas audiências públicas foi levantado dados a respeito do tema, e foi oficialmente constatado que duas mulheres morrem por dia no Brasil vítimas de tentativa de aborto mal sucedidas, o que nos leva a concluir uma certa omissão estatal, visto que é trazido pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) o dever do Estado referente saúde pública.

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.

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Com base na legislação apresentada, vimos que a presente situação, mesmo ainda com a criminalização do aborto é de competência do Estado, uma vez que mulheres vem a óbito sistematicamente, principalmente quando se trata de mulheres pobres, não possuindo condições de pagarem o procedimento de uma forma minimamente agressiva, contudo como já vimos o caso na Argentina, após quase dois anos de descriminalização os casos de aborto não tiveram alto índice de elevação, isso acontece porque com a descriminalização, o Estado consegue se fazer presente na vida da mulher, podendo dessa forma acompanhar e orientar com grupos de profissionais da saúde desde a concepção até a eventual interrupção na gestação, dessa forma pode ser ofertado serviços para a saúde psicológica da gestante, é comprovado que com todo esse trabalho os índices de aborto tendem a diminuir.

Há estudos que mostram o comparativo entre as mulheres que mais abortam no Brasil, e talvez o perfil destas gere um pouco de surpresa, visto que, mesmo com a utilização de métodos contraceptivos, o aborto é muito mais realizado por mulheres que já possuem relacionamento estável, filhos e também religião, quebrando de vez o “tabu” que o perfil de mulheres que abortam são as inconsequentes, que não utilizam nenhum método contraceptivo, jovens e solteiras. É válido ressaltar que nenhum método contraceptivo é 100% eficaz, no entanto é recorrente casos em que mulheres possuem diu e mesmo assim engravidam.

Outra questão recorrente e de extrema importância acerca do tema, se dá pelo elevado gasto do Sistema Único de Saúde com tentativas de aborto clandestino que acabam não sendo sucedidas.

Repórteres do Jornal GLOBO calcularam, com base em dados do estudo do estudo “Magnitude do abortamento induzido por faixa etária e grandes regiões”, já supramencionado, e com dados do DataSus, quanto os governos gastam com complicações decorrentes de interrupções da gravidez — a maioria clandestina. No ano de 2013, foram 205.855 internações decorrentes de abortos no país — sendo 51.464 espontâneos e 154.391 induzidos (ilegais e legais). Levando em consideração que o valor médio da diária de uma internação no SUS é de R\$ 413 e que as hospitalizadas passaram apenas um dia sob cuidados médicos, o governo gastou R\$ 63,8 milhões por conta dos abortos induzidos. Também em 2013, foram 190.282 curetagens (método de retirada de placenta ou de endométrio do corpo), a grande maioria de quem quis interromper a gravidez. Isso teria custado um total de R\$ 78,2 milhões, já que, pela tabela do SUS, cada intervenção custa, em média, R\$ 411. No total, chega-se a, no mínimo, R\$ 142 milhões (CAMILA SARDINHA, 2015)

Conforme os dados supramencionados, o Estado hoje em dia, acaba pagando para ver mulheres de todas as classes sociais perdendo a vida, ou se submetendo a situações desumanas por conta de falta de legislação ou omissão em legislação já existente, que as apoiem. Dessa forma o descaso é nítido, como falado anteriormente, se preocupam mais em tutelar e guardar o objeto de uma concepção, do que uma vida já formada

Por fim, é válido ressaltar, que com a criminalização do aborto o Estado está gerando enriquecimento ilícito na sociedade, uma vez que já está mais que provado que mesmo de forma clandestina o procedimento acontece, e quando este é realizado por clínicas médicas, devido a ilegalidade possuem custos elevados, por isso muitas mulheres recorrem a medicamentos abortivos em casa, e logo após precisam ser levadas ao pronto socorro por sofrerem complicações

supervenientes ao uso do medicamento. Tal fato caracteriza violação dos direitos humanos, visto que estão submetidos a procedimentos bestial.

III. CONCLUSÃO

Diante de todos os fatos, argumentos e dados apresentados, concluímos que a discussão entre a legalização ou não do aborto em casos de uma posição não favorável ao tema, está sempre ligada a inúmeros preconceitos intrínsecos e baseados em senso comum, não se utilizam de dados e sim opiniões, em sua maioria de cunho de religioso. Como já demonstrado o Estado gasta muito dinheiro público cuidando de tentativas de aborto clandestino, que também podem ser pagos a clínicas gerando capital a pessoas jurídicas que optam por trabalhar ilegalmente, se aproveitando do elevado número de demandas, com a descriminalização o Estado consegue fazer a retirada de dinheiro ilegal das mãos incorretas. O gasto com o acompanhamento da gestante até a intervenção não alcança números tão elevados quanto o socorro médico que precisa ser fornecido por um procedimento de caráter duvidoso, todavia, é dever estatal intervir para garantir a segurança e bem estar na vida dessas mulheres, não deixando que opiniões e fundamentos de cunhos religiosos interfira no seu poder de legislar.

Portanto, resta mais que demonstrado que descriminalização do aborto, trata-se de uma questão de saúde pública e não de uma questão ideológica.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Código Penal Brasileiro. (1940)

BRASIL. Manual de Direito Penal. (2006) Parte Especial. 25ª Edição. Júlio Fabrini Mirabete.

OGLOBO. **Tabu nas campanhas eleitorais, aborto é feito por 850 mil mulheres por ano.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968#ixzz3SVBvza00>. ANO Acesso em: 29/03/2022

DOS ANJOS, K. F. K et al. **Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. nome da revista. volume da revista. instituição da revista. cidade. ano da publicação.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/yTbJpmr9CbpSvzVKggKsJdt/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29/03/2022.

SARDINHA, Camila. **Descriminalização do aborto: A Saúde Pública.** Jus Brasil. ANO Disponível em: <https://camilasardinha.jusbrasil.com.br/artigos/170659566/descriminalizacao-do-aborto-a-saude-publica>. Acesso em: 29/03/2022.

VARELLA, Drauzio. **Aborto: Um Problema de Saúde Pública.** UOL. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/para-as-mulheres/aborto-um-problema-de-saude-publica/>. ANO Acesso em: 29/03/2022.

Summit Saúde Brasil 2022. Por que o Brasil não vê o aborto como questão de saúde pública?. Disponível em: <https://summitsaude.estado.com.br/desafios-no-brasil/por-que-o-brasil-nao-ve-o-aborto-como-questao-de-saude-publica/>. ANO. Acesso em: 29/03/2022.

BLAY, Eva. **Aborto é uma questão de saúde pública, não de ideologia, diz Eva Blay.** Jornal da USP. ANO Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/aborto-e-uma-questao-de-saude-publica-nao-de-ideologia-diz-eva-blay/>. Acesso em: 29/03/2022..

Cofen, Conselho Fderal de Enfermagem. **Uma mulher morre a cada dois dias por aborto inseguro.** Disponível em http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-cao-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html. Acesso em 30/03/2022.

O DIREITO INTERNACIONAL E A AGRESSÃO RUSSA À UCRÂNIA

Mickaelly Victtoria Silva Picoli Caetano¹

INTRODUÇÃO

Primeiramente, cabe evidenciar que o Parlamento Russo admitiu uma resolução em 16 de fevereiro de 2022 requerendo ao Presidente Vladimir Putin que legitimasse como Estados Independentes duas regiões no leste da Ucrânia protegidas por grupos armados concordados pela Rússia.

Em 21 de fevereiro, o Presidente Putin firmou dois decretos legitimando a independência das duas regiões e os propôs ao Parlamento para homologação. Logo depois, determinou que as forças armadas da Rússia, mobilizadas na fronteira com a Ucrânia há vários meses, sucedessem a “manutenção da paz” na autoproclamada “República Popular de Donetsk” (“RPD”) e “República Popular de Luhansk” (“RPL”).

Em 22 de fevereiro, o Conselho da Federação, a Câmara Alta do Parlamento da Rússia, autorizou o pedido de Putin para enviar as Forças Armadas.

Em declarações populares, em 22 de fevereiro, Putin declarou que as fronteiras dos territórios cuja independência foi reconhecida pela Rússia se expandiam as áreas consideráveis das regiões de Donetsk e Luhansk sob comando do Governo Ucrainiano.

Em 24 de fevereiro, o Presidente russo Vladimir Putin proclamou guerra à Ucrânia, procedendo uma sucessão de ataques de mísseis e bombardeios em múltiplas cidades ucranianas.

¹ Estudante de Direito do Centro Universitário Faminas – Muriaé. Técnica em Informática pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais – Campus Muriaé. Escritora e Pesquisadora. Autora do Livro “Direito Em Transformação”, ISBN: 978-65-89904-30-4, Editora Expert, Belo Horizonte, Ano 2021. E-mail: mickaellycaetano@gmail.com

O quadro de confrontos havia amplificado na região leste de Donbas, na Ucrânia, em meio ao acréscimo sem precedentes de militares da Rússia por toda a extensão de sua fronteira com a Ucrânia.

A partir de fevereiro, a Missão Especial de Monitoramento da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) havia descrito vultosos acréscimos diários nas violações de um acordo de cessar-fogo de 2014 em áreas afetadas por conflitos ao longo da fronteira.

Independentemente de qualquer rótulo autoproclamado, sob Leis Internacionais, incluindo as Convenções de Genebra, as tropas russas na Ucrânia são uma força de ocupação.

A conjuntura no leste da Ucrânia, com as tropas russas percorrendo formalmente no território, se enquadram na significação de ocupação de acordo com a Quarta Convenção de Genebra de 1949. Nem as reivindicações de soberania por “autoridades” locais nas autoproclamadas “RPL” ou “RPD”, nem seu reconhecimento como independentes pelo Governo Russo, impactam a aplicabilidade da Lei Internacional de Ocupação.

O conflito armado entre as forças do governo e os grupos armados firmados pela Rússia impactou os civis no leste da Ucrânia. O conflito, em seguimento há quase oito anos, ceifou a vida de mais de 16 mil indivíduos, englobando combatentes e civis, e desabrigou cerca de 1,5 milhão. Os confrontos também geraram danos generalizados e destruição de infraestrutura civil, incluindo casas, hospitais e escolas em ambos os lados da fronteira de 427 quilômetros, que separa as áreas mantidas pelas forças do governo ucraniano daquelas sob o controle dos grupos armados da “RPD” e “RPL”.

A presente pesquisa, portanto, têm por objetivo discutir a natureza do conflito, assim como identificar, no seu seguimento, as consequências políticas e econômicas para o Mundo Contemporâneo, do que foi chamado de “Guerra Rússia-Ucrânia”.

1. DA AGRESSÃO UNILATERAL

Acompanhando um conselho de Confúcio, para quem “o começo da sabedoria é chamar as coisas pelo seu nome”, esta pesquisa se permite não denominar o conflito pelo nome de “guerra”, o que assemelharia haver certa correspondência entre dois Estados que, sem o objetivo de resolver suas diferenças de qualquer natureza sobre questões maiores de segurança nacional, decidissem, a partir daí, tentar resolver por uma guerra aquilo que não conseguiu ser obtido numa mesa de negociações (Confúcio, 551-479 a.C.).

A esse vocábulo genérico de “guerra”, decide-se utilizar o conceito de “agressão”, pois é isso o que sucedeu e está sucedendo no confronto, uma das maiores transgressões do Direito Internacional desde a entrada em vigor da Carta da ONU, ou talvez até antes, desde as Leis de Guerra que foram sendo elaboradas ao longo dos séculos, mais singularmente desde as Conferências da Paz da Haia, em 1899 e em 1907.

O que está-se testemunhando, mais especificamente, é uma agressão unilateral, sem enunciação de guerra e sem *ultimatum*, desprezando integralmente o caráter do relacionamento entre os primordiais filiados no enfrentamento, que são: de um lado, a própria Ucrânia, secundada pelos europeus, em especial os da União Europeia (UE), e, auxiliariamente, pelos americanos e seu escudo defensivo, a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN); de outro lado, a Rússia, ou mais notadamente, Putin, seu presidente, amparado, de forma mais refreada, pela China, porém representado de forma agudamente verbal por seu chanceler, que dispensou qualquer disposição agressora, ao mesmo tempo em que instituiu condições e demandas de compatibilidade às exigências de seu chefe, que são inaceitáveis a qualquer Estado Soberano.

Putin anunciou, a princípio, que pretendia “desnazificar” a Ucrânia, iniciando pela eliminação do seu Governo. Contudo, isto dito somente depois de um descomunal aglomerado de tropas nas

fronteiras da Ucrânia, recusando, porém, qualquer intenção de “invasão”.

2. DAS MOTIVAÇÕES RUSSAS

As motivações russas não corresponderam a nenhum cálculo estratégico fundamentado de uma interpretação real de ameaça direta, ou mesmo indireta contra a segurança da Rússia por parte da Ucrânia, dado que o que significaria, por conjectura para a Rússia, em relação à Ucrânia, já estaria valendo, desde mais de dez anos, por parte dos três Países Bálticos, da Polônia ou dos demais países vizinhos, todos eles concernentes à União Europeia e à OTAN, com exceção da Moldávia.

A Ucrânia não transcorria sequer uma ameaça iminente, remota, real, para a defesa da Rússia, da mesma maneira que não há por parte dos países retromencionados, que dispõem, sem exclusão, com centenas de militares americanos ou da OTAN, a títulos fartos, regularmente para treinamento das tropas nacionais, ou familiarização com os equipamentos da OTAN e seus sistemas de comunicação.

A Letônia acomoda, interessantemente, um Centro de Guerra Cibernética, e seria capaz de receber ameaças da Rússia satisfatoriamente fundamentadas em impasses reais. A Ucrânia não correspondia a nenhum meio de ameaça para a Rússia, tal a incoerência, nitidamente incontestável, entre as capacidades militares de uma parte e da outra do confronto.

Em outros termos, o motivo dessa agressão, não da guerra, aloja em obstinações singulares ao ditador da Rússia – conceito usado, confucianamente, para designar o atual presidente do maior país do Planeta Terra – que já chegou a dizer que “o fim da União Soviética representou a maior catástrofe geopolítica do século XX”.

Há um devido excesso nessa declaração, vez que a maior catástrofe do século XX foi caracterizado pelas Guerras Mundiais, instigadas por potências expansionistas e imperialistas, com maior ênfase econômica na Grande Guerra, e com maior ênfase humana na carnificina da Segunda Guerra, particularmente o Holocausto e a

reconfiguração geopolítica do mundo da primeira metade do século XX.

Entretanto, legitimando a assertiva de Putin como sendo o citado fim de caráter de repercussão de uma tragédia real, que alcançou o maior país do planeta, que se estende por onze fusos horários no continente euroasiático, pode-se consentir com a importância concreta dessa “catástrofe”, nada obstante tenha ocorrido para o bem da humanidade, visto vez que o Império Soviético, continuador do Império Czarista em uma magnitude ainda maior, equivalia uma grande “prisão dos povos”, dado que demasiados povos e nacionalidades, que se depararam inesperadamente ilibada do Jugo Imperial, com a catástase da URSS em 1991, não por tensão de qualquer inimigo externo, todavia por uma pressão justamente interna e por fatores de declínio demoradamente acumulados.

3. AUSÊNCIA DE DIRETRIZES POLÍTICAS UCRANIANAS QUE AMEAÇASSEM A RÚSSIA

O que existia, não obstante precedeu Zelensky em vários anos, era o desejo do povo ucraniano de se considerar bem mais europeu do que russo, e de procurar sua afiliação com o resto da Europa e uma aceitação à União Europeia, o que se justifica pela bonança das nações vizinhas que assim agiram desde o início dos anos 1990.

A Ucrânia não foi fomentada pela tendência similar à época, pois não existia sinais de que a Rússia de Ieltsin nos anos 1990 seria capaz de proceder uma vez mais para a vertente autoritária dos predecessores dirigentes Czaristas e Soviéticos, ou que ela possuísse obrigação de se fadar de um escudo defensivo em face de um país vizinho com o qual ela compartilhou uma memória comum no decorrer de séculos, pela mesma religião, povos interligados um no outro e pela preservação que havia sido dada pelo Memorando de Budapeste de 1994, pelo qual a Belarus, a Ucrânia e o Cazaquistão consentiam ao Tratado de Não Proliferação Nuclear (TNP), sob a garantia da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) e dos demais Estados do

Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), se desprendendo de seus arsenais nucleares, obtendo, em troca, a certeza de que suas soberanias seriam respeitadas.

Contemporaneamente, sucedeu uma imensa pressão do povo ucraniano para que essa filiação europeia e comunitária se tornasse concreta, sendo indubitavelmente boicotada por Putin e seu preposto em Kiev, o presidente-vassalo de Moscou Víktor Ianukóvytch, deposto em fevereiro de 2014, após determinar a repressão contra o seu povo em razão de vários meses de protesto na capital e em outras cidades.

O retorno de Putin foi instantâneo, com a ocupação ilegal da Península da Crimeia, formalmente ucraniana, porém, de fato, russa em sua origem e desenvolvimento como base militar, e o incentivo da revolta por parte das províncias de dominância russa na Ucrânia oriental. Foram ações ilegais do ponto de vista do Direito Internacional, e como tal sancionadas pelas potências ocidentais.

Outrossim, Zelensky pode ser chamado de presidente acidental, dado que se tornou popular por meio de uma comédia política, e chamado a concorrer à presidência fundamentalmente por causa do cansaço dos ucranianos com a corrupção de seus dirigentes; até o presente conflito ele era até considerado um presidente medíocre, um personagem folclórico, até converter-se num herói nacional por um desses acidentes da história. Em nenhum momento, jamais ensaiou qualquer agressão ou retaliação contra a Rússia de Putin, inclusive porque não tinha meios de fazê-lo.

4. DA VIOLAÇÃO AO DIREITO INTERNACIONAL

A invasão é límpida e especificamente sancionada pela Carta da ONU, que em seu artigo 2º, especifica em seus vários dispositivos, a proibição do uso da força para resolver diferenças ou pendências entre Estados soberanos. Pode-se evidenciar, singularmente, seu inciso 5º, que prevê a obrigação de todos os Estados de prestarem assistência em caso de violação de seus objetivos fundamentais:

“Todos os membros darão às Nações toda assistência em qualquer ação a que elas recorrerem de acordo com a presente Carta e se absterão de dar auxílio a qual Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo.” (ONU, 1945).

Assim, pode-se recorrer a qualquer Manual de Direito Internacional, ou a diferentes tratados e acordos pertinentes, para reconhecer na agressão flagrante por parte da Rússia uma violação clara do Direito Internacional, em seus mais sagrados princípios.

5. DA CONDUÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DO ATLÂNTICO NORTE (OTAN)

A Rússia passou a fazer parte do G7, estendida, por conseguinte, para G8, mas para fins políticos de forma exclusiva, desde o final dos anos 1990, quando o Ocidente avançou programas para favorecer sua conversão em uma Democracia de Mercado.

Em 2002, na Conferência de Cúpula do G7 em Kananaskis, no Canadá, ela foi, inclusivamente, identificada como “Economia de Mercado”, o que evidentemente não era – 15 (quinze) anos antes de ser admitida no Acordo Geral de Tarifas e Comércio da Organização Mundial do Comércio (Gatt-OMC) –, somente para favorecer os intercâmbios econômicos com os principais parceiros. Ela foi beneficiada com um programa da OTAN em 1995, Parceria para a Paz, que, contudo, foi desativado justamente por Putin, anos depois.

O G8 deixou de existir em 2014, logo depois que Putin tomou a Crimeia da Ucrânia e instituiu a nutrição da Guerra Civil Artificial do Donbas. A OTAN pode ter se intensificado no recebimento de países limítrofes à Rússia em seu plano defensivo, mas o comprometimento maior não foi da organização com sede em Bruxelas, e sim dos próprios países, que persistiram nessa adesão.

A temática havia sido objeto de preocupações ainda nos anos 1990 por parte do principal arquiteto da doutrina da contenção,

George Kennan, que alertou para esse fato, que segundo ele poderia provocar uma Segunda Guerra Fria. Não seria o caso, se a Rússia tivesse se dirigido para uma cooperação e interdependência com as demais Democracias de Mercado, mas seria contar com uma evolução cultural, e mental, muito ambiciosa por parte de dirigentes que, durante séculos mantiveram a ideia de um grande império se estendendo da Europa ao Pacífico (KENNAN, 1990).

Um dos mais consideráveis Movimentos Imperiais de todos as épocas foi rigorosamente o da Rússia Eslava, se emitindo à conquista das Estepes Siberianas, às Montanhas do Sul e até ao Alaska – que foi vendido aos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX. Nenhum outro império teve tais pretensões e dimensão, com a possível exceção do Império Mongol.

6. DO AVISO PARA OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Da visão de Putin, trata-se, evidentemente, de uma demonstração aos Estados Unidos, entretanto a Ucrânia seria o Estado independente menos inclinado a caracterizar um perigo ou ameaça para a Rússia como eventual agente americana ou da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN).

O fato é que os outros Estados tinham e têm muito mais motivos para corresponder essa ameaça, sobretudo a Polônia e os Bálticos, contudo a questão é que eles já eram membros da OTAN desde os anos 1990, momento em que a Rússia se controvertia em uma das piores crises de sua história, somente comparável, mas certamente menor, à Invasão Napoleônica, em 1812, e a Hitlerista, em 1941.

Putin lograva mandar um recado aos EUA e à OTAN, mas empreendeu mal a sua atitude, caracteristicamente de déspota invasor, como foram Hitler, Mussolini e os fascistas japoneses, ou seja, o Pacto de Aço da Segunda Guerra Mundial.

7. DA GEOPOLÍTICA RUSSA

Não haveria, efetiva e geopoliticamente dizendo, qualquer razão para tal atitude, de maneira oposta, dado que qualquer estadista consciente, qualquer dirigente coerente, tem conhecimento que a prosperidade dos povos, no encadeamento de uma economia global, se faz pelos intercâmbios de todos os gêneros, como os chineses o compreenderam, desde Deng Xiaoping.

Ocorre, contudo, que a Rússia não é uma Economia de Mercados Livres e de “Instintos Democráticos”, e sim uma herdeira dos antigos “Despotismos Orientais” como consagradamente era chamada a China.

Sucedeu, além de tudo, posteriormente ao sequestro da Crimeia, e a despeito das sanções ocidentais contra a Rússia, um equívoco estratégico fundamental por parte da Chanceler Alemã Angela Merkel, que empenhou essa via da interdependência, pela acolhida do gasoduto *Nord Stream*, que careceria assegurar uma segurança de abastecimento energético à Alemanha e um conjecturado interesse russo nas vantagens exorbitantes a serem conquistadas por esse mercado de fato dominado – logo que a Alemanha deliberou em desarmar as centrais nucleares, no seguimento de Fukushima.

Foi um lapso, não de planejamento econômico, não obstante de senso político, quanto aos instintos imperiais de Putin, que tinha não somente taciturnidade, mas nítida obsessão pela antiga preeminência do Império Soviético – antes russo – na Europa Central.

No decorrer dessa geopolítica, as Instituições Políticas desses novos países careceriam atrelar-se ao direcionamento da Autocracia Russa, e, *cela va sans dire*, a todo o momento sociáveis e submissas à Rússia.

Democracias Liberais, influenciadas nas Revoluções Francesa e Americana, ou no Evolucionismo Britânico, seriam muito ameaçadoras porque seriam capazes de cativar aspirações de liberdade e prosperidade econômica autônoma.

Malgrado esse contexto teórico, praticamente Kantiano, das Democracias de Mercado com suas instituições constitucionais e o pleno respeito aos Direitos Humanos e às Liberdades Individuais, em nenhum momento tenha feito parte da história da antiga Rússia, à semelhança de, sequer, da história do Império do Meio, em qualquer instante, a não ser sob a Rússia de Ieltsin, porém muito momentaneamente, e na República da China, não obstante de modo praticamente ilusório, dadas as inquietações que se passaram à instalação da República em 1911.

A valer, a objeção de Putin aos anseios do povo ucraniano de adesão à União Europeia (EU), e depois, casualmente, à OTAN – conquanto isso fosse menos seguro, dado os alertas já marcados –, se devia precipuamente a essa interpretação de ter mais um limítrofe concernindo a um outro conjunto político e econômico ao que ele mesmo considerava para o seu povo e os das satrapias circundantes na Ásia Central, ou na Belarus, vizinha da Europa Ocidental.

E, maior incômodo, o vírus das Liberdades Democráticas conseguiria contagiar a privativa Rússia posicionando em perigo o regime ditatorial vigente, o que igualmente tem validade para o Império do Meio que detinha, como Estados tutelados e tributários, o Reino da Coreia e os povos do Vietnã, do Tibete e do Xinjiang, ou Cazaquistão Chinês.

O Império Russo deteve sob sua suserania a Finlândia, os islâmicos da Ásia Central, poucos dos Países Balcânicos – essencialmente a Bulgária, que apossou-se sob sua proteção –, porém, acima de tudo, a Polônia desacreditada variadas vezes, sobretudo em 1939 e em 1940 – não compensada em 1945, a despeito de entendimentos entre os três grandes nas conferências da Segunda Guerra Mundial – e também os Estados Bálticos, tornados independentes em 1919, não obstante subjugados por Stalin em 1940.

A respectiva Ucrânia dispôs de uma soberania formal, em 1919, como um dos Estados Federados da URSS, conforme o Princípio das Nacionalidades permitido por Lênin – e objeto do único estudo

histórico feito por Stalin, a pedido de Lênin, durante a Grande Guerra –, mas depreciado, ato contínuo, pelo novo Poder Bolchevique.

A propósito, a curta “independência” da Ucrânia entre 1919 e 1920 envolveu-se no princípio de uma guerra entre o Exército Vermelho, então comandado por Trotsky e, os ucranianos, que dispuseram à sua frente um herói anarquista, Makhno, que também combateu o Exército Branco dos Czaristas resistentes.

E recapitula-se, igualmente, que a “independência” da Ucrânia e da então Bielorrússia foi obtida pelo peculiar Stalin em 1945, para manter mais votos para o seu império ressurgente na ONU, tendo ele, além disso, ambicionado engajar todas as “repúblicas soviéticas” como unidades separadas para a finalidade de votos na Assembleia Geral. No momento em que os americanos objetaram que reivindicariam o mesmo para os 50 (cinquenta) Estados Americanos, Stalin recuou e regozijou com dois.

8. DA GUERRA ECONÔMICA CONTRA A RÚSSIA LIDERADA PELOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A reação dos Estados Unidos, liderando os principais países do Ocidente e aliados, como o Japão, iniciaram uma guerra econômica contra a Rússia, pois seria o único recurso suficientemente forte à disposição dos membros da Organização das Nações Unidas (ONU), a menos de uma guerra, para punir a Rússia pela sua violação flagrante do Direito Internacional.

Registra-se que a Carta da ONU recomenda expressamente tal tipo de medida, ou seja, sanções econômicas, chamadas de “medidas coercitivas”, em seu Capítulo VII.

A cronologia das sanções econômicas suplanta amplamente a história da ONU e está evidente, de fato, em todos os episódios de enfrentamentos diretos, até mesmo militares entre Estados soberanos, desde, pelo menos, a Guerra de Troia.

Embargos e bloqueios econômicos foram operados, exemplificativamente, por Napoleão contra a Grã-Bretanha, que logo

após resultaram contra ele e o próprio continente, dada a supremacia da *Royal Navy*, sobretudo depois de Trafalgar.

A tomada da Península Ibérica por Napoleão, em 1807, se deu, substancialmente, pela pertinácia dos soberanos espanhóis e lusitanos de empreender o embargo marítimo e comercial contra a Grã-Bretanha.

Na Grande Guerra, a obstrução contra o Império Alemão foi uma das determinações mais arbitrárias em nenhum momento vistas em desfavor de um beligerante. A Liga das Nações previa esse tipo de medida coercitiva, tomada vertiginosamente contra a Itália, depois da invasão da Abissínia, em 1935, um membro da Sociedade das Nações (SDN), por sinal, o único da África. (Yale, 2022).

Na hipótese da ONU, o episódio mais afortunado foram as sanções econômicas empregues em desfavor da África do Sul do *Apartheid*, após de demasiada hesitação por parte das potências ocidentais, o que verdadeiramente colaborou para a anulação do execrável sistema e a transição para um regime de maioria negra no país.

No entanto, encontram-se variados casos a esse apreço, apesar de a maior parte deles se passa à margem das Nações Unidas, exercida unilateralmente – e, portanto, ilegalmente – por grandes potências contra países menores.

No caso da Rússia, concerne, indubitavelmente, do primeiro caso de sanções, ou medidas coercitivas, utilizadas por extensa quantidade de países contra o que ainda é, presumidamente, uma grande potência, porém integralmente à margem da ONU e também adotada por empresas privadas sem qualquer obrigação de fazê-lo, o que é também inédito, como Visa, Mastercard, Mc Donald's, entre outras.

As sanções não estão sendo impostas pela Organização das Nações Unidas (ONU), ainda que seu artigo 41, do mesmo capítulo VII, ratifique tais medidas, todavia, somente como decisão do Conselho de Segurança, como ler-se-á em suas disposições:

“O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de for as armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas.” (ONU, 1945).

O infortúnio é que por decisões tomadas desde Dumbarton Oaks (1944) e legalizadas na conferência de San Francisco (1945), a Carta da ONU garantiu o direito de veto aos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU); logo, é inconcebível a adoção de qualquer medida contra qualquer um deles em sua oposição.

O único caso de uma decisão presumivelmente contra um aliado da Rússia, de fato a finada União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), a Coreia do Norte, se deu em 1950, por meio de um equívoco da URSS, que se ausentou da decisão do CSNU que aprovou a criação de uma missão de ordem da paz após a invasão da Coreia do Sul.

Caso alcancem a dimensão pretendida e se a Rússia não for auxiliada por países aliados, como China e Coreia do Norte, a Nação Russa indubitavelmente será posta de joelhos pelo virtual isolamento econômico que garante se expandir ao provimento de gás e petróleo, suas grandes fontes de divisas.

Eventualmente, a Rússia emergirá da sua ousadia ucraniana enfraquecida, limitada em seu prestígio externo e iminentemente afastada na comunidade internacional. Conquanto ela seja capaz de sobrepujar a ânsia de resistência do governo e do povo ucranianos, ela poderá vencer militarmente as batalhas, porém terá perdido a guerra. Será derrotada politicamente, diplomaticamente e, em especial, moralmente.

A Rússia já está respondendo, cessando ou limitando a exportação de gás e de petróleo aos países ocidentais que principiaram

sanções unilaterais contra ela, todavia contra seu particular interesse econômico, pelo fato de que está privando-a de recursos imprescindíveis à sua sobrevivência como economia funcional.

Outrossim, a Nação Russa é extraordinariamente necessitada de um colossal contingente de provisões manufaturadas, de serviços e de transações financeiras, dado que se trata de um país nomeadamente exportador de *commodities*.

Logo, não se pode supor que a China conseguirá vir em seu amparo em todos os capítulos de uma imensa interface econômica, inclusive porque o colosso asiático é profundamente subjugado dos mercados ocidentais para a sua própria abundância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encontra-se perante o mais meritório incidente geopolítico dos últimos séculos, ainda que um quê do gênero já tenha sido presenciado um século atrás, com o Cordão Sanitário imposto contra a Rússia Bolchevique entre 1919 e 1921, e que subsistiu através dos anos no Entre Guerras – e, momentaneamente, contra a Hungria e a Áustria “comunistas”, por breve período em 1919 –, em razão da ameaça de um subversivo da Paz Regional e, até mesmo, Mundial.

Algo do gênero foi determinado em desfavor do Japão expansionista e militarista nos anos 1930, o que seguramente o persuadiu a atacar a frota americana em Pearl Harbor, após ser privado do petróleo americano.

Existiu-se demasiados subversivos da Paz Mundial, o próprio Napoleão, os Impérios Centrais na Grande Guerra, Hitler em grande escala, Mussolini em menor escala, em sua investida de recuperar as glórias do Império Romano. Todos eles foram reprimidos, porém somente após muito extermínio e um volume amedrontador de destruição material e eliminação de seres humanos.

A Ucrânia não será destruída pelo ditador russo, mas será significativamente devastada e transformada em verdadeira terra arrasada no decorrer do confronto.

A Alemanha, Nação considerada culpada pela Grande Guerra pelo Tratado de Versalhes, deveria ter pago reparações no decorrer de quarenta anos aos países invadidos ou envolvidos no conflito, logo, até os anos 1960. No entanto, Hitler rompeu com essa obrigação assim que tomou o poder em 1933.

A Rússia, devidamente culpada pela destruição, com toda certeza não reconhecerá a decisão de eventuais Tribunais Internacionais, e o caso deverá se arrastar durante vários anos.

A Ucrânia, de fato, será ajudada pela UE, pelos países ocidentais, pela comunidade internacional, porém as cicatrizes humanas e as consequências psicológicas serão inimagináveis.

A Rússia atacou um povo irmão, e ganhou um possível povo hostil, no futuro próximo. A emigração dos ucranianos não reverterá de forma consistente nos próximos anos, já que muitos se instalarão no “Ocidente”, temerosos de algum novo conflito com a Rússia presidida por Putin.

A hegemonia americana continuará durante muito tempo, vez se trata de um vasto império econômico e cultural, mais importante pelo seu modo inventivo de produção, do que pelo seu poderio bélico, que é comparavelmente indistinguível e deve perdurar durante muitos anos.

Ademais, a redução dos ganhos de produtividade tende a reduzir o peso relativo dos EUA na economia global, mas ele deve continuar imperioso nas décadas seguintes.

Todavia, seu caráter de economia aberta, baseada no conhecimento e não mais nas linhas de produção de estilo fordista, devem assegurar uma liderança indisputável do lado das inovações, em amplas conexões com o Atlântico Norte – que dominou a economia mundial e o poder efetivo nos últimos cinco séculos – e crescentemente com o Pacífico e o Índico, se as perspectivas da interdependência comercial e tecnológica se confirmarem.

A China é o único grande império que conta nesse cenário, dado que a Rússia estará diminuída economicamente – ainda que conservando grande poderio bélico – e a Europa ainda é um meio

império dada sua baixa produtividade igualmente e sua demografia declinante.

A Nação Chinesa, a despeito de enormes problemas demográficos promete ascender continuamente, ultrapassando o PIB americano em mais alguns anos – embora não o PIB per capita, não rapidamente.

Espera-se que lideranças mais lúcidas entre os estadistas das grandes potências reconsiderem seus cenários geopolíticos, não obstante o mais provável que, nos próximos anos, senão nas próximas décadas, o mundo perca enormes oportunidades de desenvolvimento na interdependência, desviando recursos que poderiam ir para educação, infraestrutura e cooperação com países pobres, em direção de enormes gastos na construção de uma autarquia tão custosa quanto irracional e sobretudo em pesados “investimentos” militares, com algum *spill-over* para a economia civil, contudo em razão do desenvolvimento bélico que nunca serão usados em cenários reais.

Portanto, as próximas batalhas serão cibernéticas, e com isso, o leque de potências dominantes e sócios menores permanecerá mais ou menos estável desde a era dos Descobrimentos, vez que a virtualização do conceito de Agressão e Guerra estão em conflito, bem como o alcance em que um conflito regional poderá alcançar, perdurando a extensão dos oceanos para todo o Planeta Terra, em busca de uma Economia forte e de uma incontestável soberania, fatores estes devida e ordinariamente conquistados por meio da Economia de Mercado e das Liberdades Democráticas.

REFERÊNCIAS

BO, João Lanari. **Gorbachev, Iéltsin, Putin, Cinema e o Império que quer virar Nação.** Disponível em: <https://vertentesdocinema.com/gorbachev-ieltsin-putin-cinema-e-o-imperio-que-quer-virar-na-cao/#:~:text=Os%20historiadores%20da%20epopeia%20russa%20se%20debru%C3%A7am%20sobre,um%20entorno%20de%20rep%C3%BAblicas%20sovi%C3%A9ticas%20vassalas%20e%20subservientes.> Acesso em: 26 de março de 2022.

Carta Das Nações Unidas. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/A-Carta-das-Nac%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Acesso em: 26 de março de 2022.

CONFÚCIO. Os Anacletos de Confúcio. Disponível em: **https://www.academia.edu/37712598/Os_Analectos_Confucio**. Acesso em: **26 de março de 2022.**

Convenção de Genebra. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2019/08/genebra-convencoes.pdf>. Acesso em: 26 de março de 2022.

KENNAN, George F. Oral History Interview of George F. Kennan, February 27, 1990. Institute for Advanced Study (Princeton, N.J.), 1990.

Lei Internacional de Ocupação. Disponível em: <http://centrodi-reitointernacional.com.br/pesquisa/legislacao-internacional/>. Acesso em: 26 de março de 2022.

Memorando de Budapeste 1994. Disponível em: <https://pt.public-welfare.com/4132988-budapest-memorandum-1994>. Acesso em: 26 de março de 2022.

NEVES, Daniel. HOLOCAUSTO. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/holocausto.htm>. Acesso em: 26 de março de 2022.

NEVES, Daniel. Segunda Guerra Mundial. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/segunda-guerra-mundial.htm>. Acesso em: 26 de março de 2022.

Nicholas Mulder, *The Economic Weapon: The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War*. 1922.

Ukraine: The Budapest Memorandum of 1994. Disponível em: https://larouchepub.com/eiw/public/2014/eirv41n08-20140221/34-35_4108.pdf. Acesso em: 26 de março de 2022.

O SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO E AS PRESIDÁRIAS GESTANTES

Maria Luiza Martins Ribeiro¹

Igor Euzébio de Faria²

Stefanine Lacerda³

INTRODUÇÃO

De acordo com o Relatório da População Prisional Feminina e Masculina, feito com base nos dados da INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) de julho a dezembro de 2019, o total de mulheres presas no Brasil era de 36.929.

Devido ao grande número de mulheres encarceradas, o presente artigo tem como principal objetivo abordar desde os primórdios da história do cárcere feminino até ao tratamento dado às mulheres gestantes e o direito à maternidade, visto que muitos dos seus direitos são violados, sendo elas personagens ocultas no sistema penitenciário brasileiro.

Como bem se sabe, no começo da sociedade, as mulheres enfrentaram diversos problemas, seja dentro da sua própria casa até na sociedade que estava inserida. Apesar de grandes conquistas terem sido realizadas em relação a sua posição à comunidade, ainda é de se notar que essas são esquecidas em diversos casos, principalmente quando se trata sobre o âmbito prisional nos dias atuais.

Obviamente que se uma mulher cometer um crime ela deve ser punida, e que os direitos inerentes a sua condição devem ser

¹ Estudante do Curso de Bacharel em Direito do Centro Universitário Faminas. E-mail: maria_luiza_3@hotmail.com.

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Faminas. E-mail: igoreuzebio@hotmail.com .

³ Pós-graduada em Direito Público e Privado, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Faminas. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Faminas. E-mail: stefaninelacerda@yahoo.com.br.

respeitados. Todavia, o que vemos é um sistema repleto de problemas, estruturais e funcionais, como lugares úmidos e sem higiene que não proporcionam condições adequadas para uma volta digna a sociedade. Esquecidas pela sociedade por serem infratoras das leis, elas pagam um alto preço, tendo que cumprirem a pena de reclusão, e a de se afastarem das suas famílias e filhos, uma vez que em comparação aos homens encarcerados, elas quase não recebem visitas.

Para tanto, foi adotado o método de pesquisa bibliográfica com base em doutrinas e legislações vigentes, bem como relatórios que abordam sobre o tema escolhido.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA CARCERÁRIO

A Constituição Imperial de 1824 ressaltava nos incisos XIX, XX e XXI do artigo 179 que “as penas de tortura, açoites, marca de ferro quente e todas as penas consideradas cruéis, estavam abolidas”, além disso que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)” e que “as cadeias seriam seguras, limpas e bem arejadas, e que os réus ficariam separados conforme a natureza dos seus crimes”.

Em 1830, o Brasil teve seu primeiro Código Penal, que era chamada de Código Criminal do Império do Brasil, o qual vigeu de 1831 até 1891, sendo este um dos primeiros instrumentos legais que tratava sobre o encarceramento no país, trazendo em sua redação do artigo 46 uma nova possibilidade de pena, qual seja: “obrigará aos réus a ocuparem-se diariamente no trabalho, que lhes for destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças, e dos regulamentos policiais das mesmas prisões”. Desta forma, ficou implantado no Brasil a pena de prisão, que se dividia entre a prisão simples e a prisão com trabalho, e como não havia em específico nenhuma das duas no sistema penitenciário, ficava por conta dos governos juntamente com as autoridades, escolher o tipo de prisão e regulamentá-la. (SANTIS; ENGBRUCH, 2016).

Já em se tratando de presídios exclusivamente femininas no Brasil, o primeiro estabelecimento prisional foi inaugurado em

1937, em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, que primeiramente era chamado de Reformatório de Mulheres Criminosas, e depois foi renomeado de Instituto Feminino de Readaptação Social, sendo então, o primeiro no Brasil que era totalmente separado do masculino; antes disso, as mulheres que eram condenadas cumpriam suas penas em cadeias que também tinham homens, na qual sofriam diversos abusos, desde estupros a serem forçadas de prostituição. E só após várias denúncias que o Brasil passou a ter presídios destinados apenas a mulheres. (QUEIROZ, p.73, 2015). Após esses, vieram outros que também eram destinados somente para o sexo feminino, como em São Paulo e a penitenciária feminina do Distrito Federal, ambos em 1941; e no Rio de Janeiro em 1942.

Dentro dos presídios femininos, os trabalhos também se destacavam, sendo divididos entre os de lazer (costuras, artesanatos e bordados) e os domésticos (passar, lavar, cozinhar), pois estes eram os considerados trabalhos que mulheres faziam na sociedade. E passando-se alguns anos, foram sendo criadas novas prisões exclusivas para mulheres.

2. SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO

Primeiramente, é válido dizer que a mulher carrega um fardo pesado pelo gênero feminino, o qual não pode errar por ser tipificada pela sociedade como aquela que deve educar, criar e proteger.

Para a mulher, ser marginal nunca será uma arte, será uma desonra. O próprio malandro vai recrimin-la por estar presar, largando os filhos a sua própria sorte. Ele, o homem, pode. Seja malandro, operário, estudante, o homem sempre pode afastar-se dos filhos se assim o exigir sua ocupação. A mulher nunca. Essa exigência que conflitua todas as mulheres, atinge mais ainda aqueles que não pode orgulhar-se de seu meio de vida, mesmo que o façam para sustento dos filhos (Lemgruber. 1983, p. 86)

Como já supra descrito, tem no Brasil desde o ano de 1937 presídios destinados apenas às mulheres, mas de acordo com o INFOPEN de 2019, atualmente o país tem um total de 1.413 estabelecimentos prisionais, sendo que 1.079 é exclusivos para homens, e somente 110 exclusivas para mulheres, ou seja, apenas 7,78% do total.

Outro dado importante retirado da mesma pesquisa é que, desse total de unidades prisionais 226 é de destinação mista, apesar da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVIII dispor que: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Vale salientar que os presídios têm como objetivo a ressocialização das presas, para que assim possam retornar à sociedade, mas muitos deles foram criados e elaborados de qualquer forma (improvisados), não tendo elas uma assistência necessária, e não sendo levado em conta as questões que o gênero feminino tem, ou seja, as mulheres recebem tratamentos similares aos homens, mesmo com tantas peculiaridades de gênero. Isso ocorre porque as prisões não têm qualquer tipo de infraestrutura e tratamento para que seja feita a ressocialização adequada, como, por exemplo, médicos, creches para seus filhos e entre outras coisas, o que se torna uma forma de degradação da mulher.

Ao ser encarcerada, a mulher passa por diversos conflitos, que afeta a sua saúde física e mental, e esse processo aumenta com a falta de assistência que não é oferecida de forma apropriada. É evidente que as celas dos presídios são totalmente inadequadas, tendo elas uma má qualidade de vida, uma vez que com as poucas condições de higiene, acaba sendo alto o perigo para doenças contagiosas, visto que há uma superlotação dentro do sistema penitenciário.

2.1 O CÁRCERE FEMININO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Atualmente o cárcere feminino está em superlotação. E como já exposto, segundo os últimos dados do INFOPEN de 2019, o Brasil

conta com a população de 36.929 mulheres custodiadas no Sistema Penitenciário, sendo que o total de vagas disponíveis é de 33.049, tendo então um déficit de 3.880 vagas. No período de 2000 a 2017 o aumento da população feminina foi de quase 600%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, não chegou a 250%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres. Portanto, como se pode ver a população feminina vem crescendo abundantemente em comparação com a masculina, sendo mais da metade.

De modo geral, a maioria das mulheres que estão submetidas ao cárcere são jovens, possuem nível escolar baixo (muitas das vezes não possuem o ensino médio) e têm origem econômica hostil. Muitas estão atrás de uma vida melhor, e os seus delitos são de se envolverem com o tráfico de drogas, mas por serem facilmente substituídas se tornam apenas ferramentas, e ao cumprirem suas penas são abandonadas, e muitas das vezes por não quererem que seus filhos ou até mesmo maridos passem pela revista vexatória.

Devido ao grande crescimento carcerário nos últimos anos, os estabelecimentos penitenciários passaram a exceder a sua lotação máxima permitida, onde pode-se encontrar em vários destes em situações precárias e desumanas. Em setembro de 2015, o STF (Supremo Tribunal Federal) reconheceu através da ADPF 347 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), que é cabível quando não há outro meio para sanar a lesividade a um preceito fundamental, que o Brasil vive um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, ocasionado por violações generalizadas de direitos fundamentais e reiterada inércia estatal.

Em virtude das violações de direitos fundamentais que a resultaram, podemos citar uma delas exposta nesta presente ADPF:

Ressalta o sofrimento das mulheres encarceradas ante a ausência de estabelecimento próprio e adequado, não havendo berçários, locais destinados à gestante e à parturiente ou creches para abrigar crianças

maiores de seis meses e menores de sete anos. Afirma a falta de cuidados com a saúde das gestantes presas – não sendo assegurado acompanhamento médico, no pré-natal e no pós-parto, ou ao recém-nascido –, bem como a carência de ginecologistas e de fornecimento regular de absorventes íntimos e de outros materiais de higiene. Enfatiza comporem as minorias sexuais outro grupo a sofrer com o encarceramento inadequado. Consoante realça, esses indivíduos ficam expostos, constantemente, a abusos sexuais, inclusive a servidão, contraindo doenças sexualmente transmissíveis. (ADPF 347, 2015, online).

Como se pode ver, há uma violação não somente nos direitos fundamentais individuais, mas também violação à dignidade da pessoa humana, que é um dos principais fundamentos previsto na CF/88. E não é somente essas dispostas nesse breve trecho da ADPF 347, são outras diversas, como, por exemplo: a superlotação, que o número ultrapassar 600.000 presos (homens e mulheres), possuindo o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, China e da Rússia; a não individualização da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII, da CRFB/88); o não respeito à integridade física e moral dos encarcerados (art. 5º, XLIX, da CRFB/88); o não local para às presidiárias permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L, da CRFB/88); o não acesso à educação, à higiene pessoal (onde muitas mulheres precisam recorrer a outros meios paliativos para suprir as suas necessidades naturais, como, por exemplo, no período menstrual não possuem absorventes, e para supri-lo utilizam miolo de pão); os locais não adequados com celas minúsculas sem arejamento; e dentro outros direitos fundamentais que são previstos na CF/88 que são violados, e consequentemente violando à dignidade da pessoa humana daquelas pessoas, principalmente às mulheres, que se encontram encarceradas.

A prisão além de ser um meio de punir uma pessoa por um crime cometido, é também um meio de ressocialização para que ela volte a viver em sociedade, como J. Seixas Santos conceitua que a ressocialização “é a reintegração do delinquente na sociedade, presumivelmente recuperado” (p.193, 1995), e neste mesmo sentido, em seu livro, Albergaria diz o seguinte:

A ressocialização é um dos direitos fundamentais do preso e está vinculada ao *welfarestate* (estado social de direito), que se empenha por assegurar o bem-estar material a todos os indivíduos, para ajudá-los fisicamente, economicamente e socialmente. O delinquente, como indivíduo em situação difícil e como cidadão, tem direito à sua reincorporação de todos os especialistas em ciências do homem para uma missão eminentemente humana e que pode contribuir para o bem-estar da humanidade. (p. 140, 1996)

Mas, infelizmente o Brasil atualmente vive um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, havendo assim várias ofensas a esse princípio tão importante, principalmente quanto as mulheres. O atual cenário é precário e não tendo assim possibilidades de ressocialização dos(as) detentos(as), de modo geral.

2.2 DIREITOS DAS MULHERES ENCARCERADAS

As mulheres enquanto cumprem o seu tempo no cárcere não possuem somente deveres, mas também possuem diversos direitos, e muitos deles inerentes a dignidade da pessoa humana. Não é só por que elas se encontram presas que perderam os seus direitos como pessoa

humana, somente terão restrições de alguns, como, por exemplo, o direito de liberdade de locomoção.

Existe as Regras de Bangkok que dispõe sobre: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. E diante essas regras o Brasil tem o compromisso internacional assumido para cumpri-las.

Essa regra traz diversos direitos que as mulheres possuem enquanto estão detidas. Citando alguns desses direitos, temos: a alocação, que deverá ser sempre que possível em prisões próximas a família; a higiene pessoal, que deve sempre atender as necessidades específicas delas, como absorventes gratuito e o fornecimento de materiais para cuidados pessoais das mulheres e crianças; a assistência médica específica para as mulheres, que deverá ter médicos qualificados para atender todas as áreas necessárias, como, por exemplo, ginecologista, cuidado com a saúde mental, exames para prevenção/cuidado para HIV e outras DST's (doenças sexualmente transmissíveis); a visitação de familiares e amigos, e caso a sua alocação seja em locais distantes de onde se encontram, deverá ser adotadas meios para amenizar os problemas que as mulheres presas venham a enfrentar, e no que tange à visitação de filhos(as), deverá ser realizada em um ambiente propício a uma experiência positiva e terá permanência prolongada dos(as) filhos(as); a visita íntima em local adequado para este fim; a individualização de celas, onde haverá divisão de gêneros, idades, situação específica e grau de periculosidade; o regime prisional, deverá ser o mais flexível para que atenda às necessidades das lactantes, gestantes e também das que já tinham filhos e ser oferecido instalações adequadas para o cuidado das crianças; deve ser oferecido também o apoio psicológico, em especial para as mulheres que foram submetidas a algum tipo de abuso, seja ele físico, sexual ou mental; dentre outros vários direitos a elas inerentes.

Quanto as mulheres encarceradas, a ONU (Organização das Nações Unidas), traz em sua regra 28, a seguinte previsão:

(...) Nos estabelecimentos prisionais para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento de presas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, deverão ser tomadas medidas para que o parto ocorra em um hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento prisional, tal fato não deverá constar no seu registro de nascimento.

Além desses já expostos, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo elaborou uma cartilha sobre “direitos e deveres das mulheres presas”. Esta cartilha dispõe sobre vários direitos, como: “a assistência jurídica, que deverá ser gratuita, como, por exemplo, para as presas que não possuam advogado constituído, será garantido a elas um defensor público para assegurar todos os seus direitos e acompanhar o seu processo judicial; o livramento condicional quando fizer jus após cumprir todos os requisitos necessários; o trabalho remunerado, esse que é um direito de todos os condenados definitivos, e não pode ser superior a 8 horas e deve ser garantido o descanso nos domingos e feriados; a visita, tanto comum quanto a íntima (ao menos uma vez por mês); a maternidade, com direito a pré-natal e ao pós-natal, no pré-natal a presa deve estar em unidade prisional que possua equipe médica e estrutura para acompanhamento dos 9 meses de gestação, e no pós-natal a presa estar em unidade prisional que tenha berçário e equipe de saúde preparada para atendimento e acompanhamento da mãe e do bebê; o berçário e a creche, a unidade prisional deve ter o berçário para a amamentação e a creche para crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos que estejam desamparadas; a assistência à saúde, que deve ser garantido atendimento de equipe de saúde (médico, ginecológico, odontológico, de enfermaria, psicológico e de assistência social)”. (Núcleo Especializado de Situação Carcerária, online)

Esses direitos e todos outros não expostos aqui são garantidos a todas as presas, independentemente se for estrangeira, uma vez que a própria CF/88 dispõe que elas têm os mesmos direitos que as presas

brasileiras, não havendo qualquer distinção, além do direito a um tradutor, tanto no decorrer do processo penal e na execução.

Portanto, como podemos observar, as mulheres apesar de estarem em cárcere, elas não perderam os seus direitos quanto à dignidade da pessoa humana, e devem ser todos eles respeitados tanto pelos estabelecimentos penais e pelas autoridades da justiça. Pois como exposto até aqui, as mulheres necessitam de tratamento especial diante a situação feminina, como, por exemplo, permanecer com seu filho em local adequado e seguro, e amamentação enquanto pendura a período que o leite materno é fundamental para a criança; fornecimento gratuito de absorvente, atendimento médico qualificado ginecológico e atendimento no pré-natal e no pós-natal; e dentre outras inúmeras situações específicas que as mulheres necessitam.

3. TRATAMENTO DADO ÀS PRESAS GESTANTES

Em 2020, foi feito um mapeamento pelo Ministério Da Justiça e Segurança Pública, o qual constatou que: 208 mulheres estavam grávidas, 44 puérperas e 12.821 tinham filhos com até 12 anos (SUSEPE, Processo: 08016.018784/2018-01). E diante desse grande número, pode-se perceber o colapso que se sofre, pois não chega a 15% o total de penitenciárias que são destinadas somente para as mulheres, e que também tenha um espaço para as lactantes e as gestantes, isto é, com celas adequadas para suas condições, que tenham berçário, creche e centro de referência materno-infantil (INFOPEN, 2019).

Os artigos 14, § 3º e 89 da Lei 7.210/84, vêm defendendo a condição especial que a presa gestante deve ter:

Art. 14 - A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. (...)

§ 3º - Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Art. 89 - Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa (BRASIL, 1984, online).

Essas medidas foram adotadas uma vez que o número de detentas grávidas/mães aumenta cada vez mais e de forma significativa. Porém, para que esses direitos destinados a elas sejam cumpridos em sua integralidade, é importante analisar a infraestrutura desses sistemas prisionais, para garantir que os direitos básicos sejam respeitados, apesar de não ser a realidade, como descrito no relato a seguir:

“-O berçário tinha 110 mulheres num espaço de quarenta e poucas. Tinha mãe que havia acabado de chegar do hospital, assim, pariu hoje de manhã, já recebeu alta no mesmo dia, e estava ali, dormindo no chão. E o bebê no chão junto com ela, claro.” (QUEIROZ, p.43, 2015).

Um dos piores casos de solidão nas cadeias, é nos casos de gravidez, isso porque muitas já chegam nos presídios grávidas e ao engravidar essas mulheres enfrentam diversas mudanças, sejam físicas ou emocionais, e para muitas acaba gerando preocupação, pois terão que lidar com o fato de gerar uma vida e dar à luz na prisão, sendo esse talvez o pior tipo de punição dentro de um sistema penal. Isso ocorre, pois é evidente que o Estado tem diversas falhas com essas mulheres e seus filhos nascidos no cárcere.

Como afirma Nana Queiroz:

A maioria das detentas grávidas já chega grávida na cadeia. Algumas, já no fim da gestação, nunca passaram por um obstetra pois eram pobres e desinformadas demais. Como em todo o país só existem 39 unidades de saúde e 288 leitos para gestantes e lactantes privadas de liberdade, na maioria dos presídios e cadeias públicas, elas ficam misturadas com a população carcerária e, quando chega a hora do parto, geralmente alguém leva para o hospital. Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital, já que provavelmente não acreditou — ou não se importou — que ela estava com as dores de parto (QUEIROZ, p.43, 2015).

Outro fato que se destaca, é quanto ao uso de algemas, uma vez que é vedado conforme é tratado no parágrafo único do artigo 292 da Lei nº 13.434/17, e é proibido nos casos de mulheres grávidas, durante atos médicos e hospitalares para a realização do parto, bem como no período puerpério, a Súmula vinculante 11 do STF também trata sobre o uso de algemas ao dizer que:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Com isso, é necessário que seja oferecidas condições para as gestantes que estão privadas de sua liberdade, pois como se percebe, ser algemada durante o parto é um desrespeito que vai além da mulher, atingindo também o bebê que vai nascer, e a Constituição Federal de

1988 vem dispondo em seu artigo 5º, inciso XLV que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Diante todo o exposto, é notável que a mulher criminosa, principalmente as gestantes/mães são vista como alguém que infringiu a lei em dois momentos, a lei penal e a lei social, ou seja, a ordem da família, e como consequência essa mulher é olhada e tratada com muito mais rigor.

3.1 PRISÃO DOMICILIAR EM CASO DE GESTANTES

O conceito de prisão domiciliar pode ser retirado do próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 317, o qual dispõe que “a prisão domiciliar é o recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência”.

Com isso, até o advento da Lei nº 13.257 de 2016 a gestante só podia ter sua prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar a partir do 7º mês de gestação ou caso a gravidez fosse considerada de alto risco. Mas, atualmente, com o artigo 318 do CPP traz em seus incisos os casos em que poderá o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar, citando inclusive gestantes e mulheres com filhos de até 12 anos incompletos. Porém, só será possível se a mulher não tiver cometido crime de violência ou grave ameaça a pessoa ou crime contra seu filho ou dependente.

Vale destacar que a maioria das mulheres presas não conseguem com facilidade o acesso a esses direitos, e algumas não sabem que os têm, mas uma vez preenchidos os requisitos citados no artigo 318 do CPP, e o entendimento do melhor interesse da criança, o juiz poderá conceder esse benefício para a gestante e mães de menores de 12 anos, uma vez que como já descrito, os presídios não tem condições mínimas para se exercer a maternidade.

Quanto a essa prisão domiciliar, a presa terá que se impor a limites para que sua pena seja cumprida de maneira efetiva, porém com o benefício de estar em seu domicílio. Sendo que, tanto a prisão

preventiva, quanto à domiciliar, terão como seu objetivo final o cumprimento da pena.

A 2ª turma do STF em 2018, decidiu por maioria dos votos a concessão de habeas corpus coletivo (HC 143641) para as mulheres presas gestantes, mães com filhos até 12 anos ou pessoas com deficiência, com exceção das que tenha cometido crime de violência ou grave ameaça contra seus filhos.

Como já exposto, a pena não passará da pessoa do condenado, e quanto a isso, o relator ministro Ricardo Lewandowski, disse o seguinte:

A grande realidade nacional, e conheço de corpo presente, a situação é degradante e sujeita no Brasil a críticas merecidas. Nós estamos transferindo a pena da mãe para a criança, inocente. Me lembro da sentença de Tiradentes, as penas passaram a seus descendentes. A manutenção de crianças em celas. Brasileirinhos em celas! Tudo de forma absolutamente incompatíveis com os avanços civilizatórios que se espera tenham sido concretizados no século XXI. (2018, online)

Lewandowski afirmou isso devido as dificuldades enfrentadas pelas mulheres na prisão, como os partos sem assistência, a superlotação, a ausência de pré-natal, o auto risco de transmissão de doenças das mães para os filhos, uma vez que se tem a falta de higiene e direitos básicos, e também a falta de creches e escolas, não sendo respeitado o princípio da intranscendência da pena, a qual tem a garantia que apenas pessoas sentenciadas deverão responder pelos seus crimes que tenha praticado. Com isso o ministro destacou como os direitos das presas gestantes estão sendo cada vez mais violados:

Há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por isso, não restam

dúvidas de que 'cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro' de violações a direitos humanos que vem se evidenciando, na linha do que já se decidiu na ADPF 347, bem assim em respeito aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no plano internacional relativos à proteção dos direitos humanos e às recomendações que foram feitas ao País. (Lewandowski, 2018, online)

Nos casos em que se torna inviável a prisão domiciliar, existem várias garantias de um tratamento digno que deve ser oferecido a essas mulheres, porém, tal garantias não são respeitadas e seguidas, o que só aumenta a dor delas.

3.2 AMAMENTAÇÃO E GUARDA DA CRIANÇA

Durante toda a gestação, as mulheres encarceradas sofrem com a incerteza do destino do bebê após o parto e o período de permanência para amamentação, entram em hipermaternidade, que é a ausência imediata do bebê, sem tratamento prévio da retirada dele, sendo mais cruel ainda a falta de informação de onde e quem vai cuidar, ou seja, são mães 24 horas e ao fim do prazo de permanência têm seus filhos tirado delas.

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 83, parágrafo 2º garante o direito das presas amamentarem seus filhos e cuidar deles, tendo inclusive berçários para os mesmos, e o parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal diz que nesses estabelecimentos deverão possuir exclusivamente agentes femininas nas dependências internas.

As mudanças apresentadas trazem em si o princípio da humanização das penas, uma vez que quando as detentas convivem com seus familiares, têm maiores chances de uma inserção na sociedade e em seu comportamento.

A Constituição Federal também traz o direito das mulheres presidiárias de permanecerem com seus filhos durante todo o período de amamentação e as condições básicas para isso (art. 5º, inciso L). O principal objetivo desse inciso, é a preservação do direito ao aleitamento materno, uma vez que a ONU (Organização Mundial da Saúde), aconselha que se dê somente leite materno até os seis meses de vida, e que o afeto entre mãe e filho nesse momento, tem grande influência no desenvolvimento psíquico da criança.

Essas medidas trazidas nos artigos citados nem sempre são cumpridas, como já se expôs no decorrer do texto, que não chega a 15% o total de penitenciárias que se têm local destinadas para as lactantes e as gestantes. O descaso com essas mulheres é perceptível em diversos momentos, sendo os seus direitos constantemente violados.

Após o período de amamentação, a lei determina que tenha creches para abrigar as crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos, nos casos em que a única responsável pela criança esteja presa, mas somente 5% das unidades femininas contam com essas creches. Com isso, foi notado que:

E novamente observa-se a violação dos direitos da mulher presa, onde apenas 32% das instituições exclusivas femininas possuem berçário ou centro de referência materno infantil, e nas unidades mistas somente 3% o contemplam. Em relação a creches os números são também baixíssimos, apenas 5% das unidades femininas dispõe de creche, e nas instituições mistas não há nenhuma registrada. Apesar da lei prever que crianças de até 7 (sete) anos fiquem na companhia da mulher presa, quando esta for a responsável pela menor, foi observado que em Brasília, a criança é retirada da prisão aos seis meses; em Curitiba, é possível que fique até os seis anos; em Minas Gerais, elas deixam o cárcere aos dois anos e, no Pará, ao nascer, impedindo até mesmo o contato entre mãe e filho no período em que a criança deveria estar sendo amamentada. (Machado, p. 53, 2017)

Ou seja, a separação se torna inevitável, e assim, os filhos dessas mulheres acabam ficando com os avós, ou parentes mais próximos, e muitas das vezes até entregues para abrigos.

As que conseguem completar os seis meses de direito, precisam dar o filho para o pai, um parente ou entregar para um abrigo. Neste último caso, quando terminam de cumprir sua pena, elas têm que pedir a guarda dos filhos de volta à Justiça. Nem todas conseguem. Para provar-se capaz de criar uma criança, é preciso ter comprovante de endereço e emprego. E esse é um salto muito mais difícil de ser dado pelas mulheres com antecedentes criminais. Quando um homem é preso, comumente sua família continua em casa, aguardando seu regresso. Quando uma mulher é presa, a história corriqueira é: ela perde o marido e a casa, os filhos são distribuídos entre familiares e abrigos. Enquanto o homem volta para um mundo que já o espera, ela sai e tem que reconstruir seu mundo. (QUEIROZ, p. 44, 2015).

Tais condições afetam diretamente as mulheres, e também as pessoas que são vinculadas a elas, visto que na maioria das vezes não conseguem nem construir um vínculo materno, como descrito por Nana Queiroz:

Eu não conheço meus filhos. Eu sou assim: eles sabem que eu sou a mãe deles, mas praticamente sou uma desconhecida. Além de eu ter que me adaptar às coisas que eu perdi todo esse período que estive presa, eu tenho que aprender a conhecer os MEUS filhos (p. 12, 2015).

Fica assim notável o descanso do Estado perante essas mulheres, que mesmo com tantos direitos garantidos, não fazem cumprir o que

é determinado pelas leis, devendo o Estado trazer novos meios de garantir tais direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como incansavelmente repetido até aqui, o sistema prisional encontra-se em colapso e em crescente decadência por causa do desrespeito aos preceitos humanitários presentes em nossas leis.

Com isso, o presente artigo portou acerca da dificuldade enfrentada pelas mulheres dentro do cárcere, desde a assistência que não lhe são oferecidas de forma adequada, elucidando também quanto aos direitos que lhe são negados, fazendo uma análise sobre a legislação brasileira, e traçando os problemas que as grávidas passam, principalmente ao dar à luz.

No decorrer do artigo, é notável que o número de presas aumentam cada vez mais com o passar dos anos, e que o déficit de prisões adequadas para as mesmas é grande, uma vez que na maioria dos presídios a estrutura não é no mínimo adequado para abrigar essas mães e seus filhos, mesmo que se tenha leis vigentes, como a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal e as Regras de Bangkok.

Assim, o Estado deve olhar mais para essas mulheres, dando a elas o mínimo de dignidade para se viver no ambiente que foi feito para ressocialização e reeducação dos(as) presos(as), e assim voltarem a viver em sociedade.

Por fim, diante das várias decisões tomadas diante da mulher encarcerada, nota-se que muitas se beneficiaram com a prisão domiciliar que se tem direito, porém, mesmo assim, é alto o número de mulheres que se encontram encarceradas, devendo então, políticas públicas serem desenvolvidas, e também se deve pensar em uma estrutura prisional que atenda aos requisitos básicos para se viver, o qual entenda que o sexo feminino tem necessidades que são afirmativas de seu gênero.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução Penal**. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: O Surgimento dos presídios femininos no Brasil**. 2011. 317 p. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Programa de Pós-Graduação do Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciência Humanas, Universidade de São Paulo, 2011.

Código Criminal Do Império Do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 03/04/2022.

Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03/04/2022.

Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03/04/2022.

Constituição Política Do Império Do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 03/04/2022.

Direitos e Deveres Das Mulheres Presas. Disponível em: < <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento-cartilha-mulher-presa-def-pub-sp.pdf> >. Acesso em: 25/03/2022.

GONÇALVES, Jacqueline Sampaio. **Mães no Cárcere: A Violação do Direito à Gravidez e à Maternidade no Sistema Prisional**, 2020. Disponível em: < <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/>

documento-cartilha-mulher-presas-def-pub-sp.pdf >. Acesso em: 25/03/2022.

Habeas Corpus 143.641 São Paulo. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>>. Acesso em: 03/04/2022.

IDOETA, Paula Adamo. **STF Decide Que Grávidas e Mães Presas Provisórias Podem Ir Para Casa**, 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43079116>>. Acesso em: 26/03/2022.

Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 03/04/2022.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério Dos Vivos: Análise Sociológica De Uma Prisão De Mulheres.** Rio de Janeiro: Ed. Forense; 1983.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017 Consultor: Marcos Vinícius Moura Silva. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 04/03/2022.

MACHADO, Janaise Renate. **O “Ser Mulher” No Sistema Prisional.** 2017. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

Políticas Públicas Para a Primeira Infância. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 03/04/2022.

POMPEU, Ana. **Supremo Concede HC Coletivo A Todas As Presas Grávidas E Mães De Crianças**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/supremo-concede-hc-coletivo-presas-gravidas-maes-criancas>>. Acesso em 18/03/2022.

PRESOS EM UNIDADES PRISIONAIS NO BRASIL, PERÍODO DE JULHO A DEZEMBRO DE 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 03/04/2022.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** Rio de Janeiro: Ed. Record, 2015.

Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela). Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf>. Acesso em: 03/04/2022.

SANTIS, Bruno Morais Di; ENGBRUCH, Werner. SOBRENOME DO AUTOR, **A evolução histórica do sistema prisional: Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena.** 2016. Disponível em: < <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WhNe8ltSzIU> Acesso em: 04/03/2022.

SANTOS, J. Seixas. **Dicionário de Criminologia.** Campinas: Ed. Conan, 1995.

SILVA, Amanda Daniele, **Mãe/Mulher Atrás Das Grades: A Realidade Imposta Pelo Cárcere à Família Monoparental Feminina.** São Paulo: Ed. Cultura Acadêmica, 2015.

Súmula Vinculante 11 - Uso de algemas. Disponível em: <https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2225/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 03/04/2022.

GARCÍA, D., DÍAZ, Z., & ACOSTA, M. El nacimiento en Cuba: análisis de la experiencia del parto medicalizado desde una perspectiva antropológica. *Revista Cubana de Salud Pública*, v. 39, n. 4, p. 718-732, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). Assistência ao parto normal: um guia prático. Relatório de Grupo Técnico. OMS / SRF / MSM / 96.24. Genebra: Organização Mundial de Saúde, 1996

PITTA, T. C.; OLIVEIRA, C. R. T. “Violência psíquica contra a mulher: a necessária atuação estatal por meio de políticas públicas”. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n.61, jul./dez. 2012, pp. 175-221.

WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. (1996). Global consultation on violence and health. Violence: a public health priority. Geneva: Autor. Acesso em 30 de agosto, 2015, em http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/introduction.pdf

ZANARDO, G. L. P., Calderón, M., Nadal, A. H. R., & Habigzang, L. Violência obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v29/1807-0310-psoc-29-e155043.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2022.

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER E O PLANO DE PARTO

Ana Luiza Laviola do Amaral¹

Danielle Caroline Campelo Silva²

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um fato histórico, ocorrendo nos mais diversos contextos sociais, existente em todas as sociedades, derivada de uma cultura de dominação, cujo cerne é a degradação da mulher, legitimada no tempo e internalizada como algo natural, inclusive pelas próprias mulheres que se reproduziram / em decorrência dessa violência na educação de suas filhas e nas relações com outras mulheres quando há vínculo de submissão entre elas, por exemplo, nas relações no trabalho doméstico. No entanto, esse processo está começando a se distanciar por conta dos movimentos feministas que se tornaram perceptíveis em meados do século XX graças à organização política das mulheres, que permitiu modificar parcialmente esse estado de subordinação e violência. As conquistas de alguns direitos das mulheres são inegáveis. No entanto, a violência ainda está impregnada no meio social.

No Brasil, apesar da implementação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) e da Lei de Matança de Mulheres (BRASIL, 2015), a violência contra a mulher ainda é chocante. Nesse sentido, a Comissão Nacional de Justiça (CNJ) (CNJ, 2017) divulgou que o Brasil atendeu

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifaminas. E-mail: analuizalaviola98@gmail.com.

2 Advogada e professora do Curso de Direito 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

mais de 1 milhão de casos relacionados à violência contra a mulher em 2016, o que equivale a um caso para cada 100 brasileiras. No entanto, segundo relatório também elaborado pelo CNJ, publicado no Cadastro Nacional de Presos em agosto de 2018 (CNJ, 2018), apenas 0,96% dos presos foram condenados por violência contra a mulher.

Nesse sentido, o presente trabalho parte da seguinte problemática: de que forma o Poder Judiciário pode atuar no combate à Violência Obstétrica? Para responder

tal questionamento, o objetivo aqui apresentado é retratar a Violência Obstétrica e os a Violação dos Direitos Fundamentais da Mulher.

Ainda, este estudo tem como metodologia a revisão bibliográfica de caráter qualitativo com análise de lei, jurisprudência e doutrina. Para tornar possível, os dados coletados partiram de artigos, documentos oficiais, dissertações, teses e livros que dialogassem com o tema aqui apresentado.

A justificativa deste estudo reside no fato de trazer à tona uma situação corriqueira na vida da mulher, que tem seus direitos violados. Portanto, é de suma relevância discutir esse assunto a fim de melhorar a qualidade de vida das gestantes, afirmando a respeito de seus direitos e deveres, como uma forma de conscientização e novas possibilidades de se pensar sobre o pré-natal, parto e o pós-parto.

1. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

1.1.VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UM BREVE PANORAMA HISTÓRICO

Diante de uma sociedade patriarcal, marcada por várias opressões, ser mulher é uma tarefa bem complexa. Assim, percebe-se que a violência contra a mulher é um problema legítimo e coletivo. Para entender esse processo histórico, é importante refletir sobre os

desafios vividos por mulheres no passado e entender esses dilemas enfrentados atualmente.

Na Antiguidade Clássica, havia uma sociedade conhecida por sua desigualdade e sua prática tirânica em prol da autoridade familiar, sendo “pater família”, considerado como o senhor absoluto, que não podia ser contestado; aquele que tinha o controle da vida e morte de sua mulher, filhos ou qualquer outro indivíduo que vivesse sob seus comandos (DIAS, 2004).

Em suma, a vontade desse homem funcionava com uma lei soberana. É possível observar que, no Brasil Colônia, o homem tinha o direito de matar sua mulher, caso houvesse um adultério, bem como amante em questão. Esse direito estava previsto na Legislação Portuguesa da época (DIAS, 2004).

O primeiro Código Penal Brasileiro foi instaurado em 1830, suprimindo a permissão mencionada, contudo, mudar o pensamento de uma sociedade acostumada com essas ações não foi uma tarefa fácil. Afinal, a sociedade da época partilhava das ideias de que se a mulher traiu o marido, ele tinha seus direitos violados, sua honra destruída, havendo, portanto, a necessidade de vingança e punição (CUNHA, 2007).

Durante a década de 70, foi possível notar que os movimentos em prol do feminismo tinham força e atuavam de forma significativa, destacando-se o movimento SOS mulher, que catalogou 722 crimes impunes realizados por homens contra mulheres, tendo como causa o ciúme. Depois do caso Ângela Diniz, uma mulher que foi morta pelo seu companheiro com quatro tiros, a população se comoveu, sendo um marco na luta feminista. Com isso, foi possível notar que as mulheres estavam começando um movimento em prol de uma sociedade menos patriarcal, não mais disposta a aceitar que o homem fosse dono de sua própria vida (DIAS, 2004).

Dessa forma, averigua-se que a violência contra a mulher não começou agora, sua história é marcada por muita luta e muitos desafios, logo, desconstruir toda essa raiz não é uma simples tarefa. De maneira lenta, apenas em 1988, a Constituição Federal lidou de

forma igualitária entre os direitos do homem e da mulher, retirando diversos dispositivos que lidavam de forma discriminatória a mulher, dando essa responsabilidade ao Estado, responsável por criar meios que coibissem a violências dentro das relações familiares (CF, art. 226, § 8º).

A Lei nº 9.099/95 agia no ambiente doméstico, quando houvesse agressões, sendo aplicado nesses casos, penas como prestação de serviços comunitários ou pagamento de cestas básicas. Logo, a ausência de uma lei mais específica que viabilizasse melhor esse tipo de violência, fez com que esse conceito de impunidade entre os agressores tornasse mais comum, uma vez que a violência contra a mulher não era vista como um problema social, ainda mais com essa penalidade tão pequena.

Logo, entende-se que o vocábulo gênero é aplicado para mostrar de maneira simples as desigualdades existentes entre mulheres e homens, sejam elas sociais e/ou econômicas, por conta de toda uma opressão histórica.

Dentre os tipos de violência contra a mulher, não se pode esquecer a respeito da violência obstétrica, que será objeto de estudo e discussão no próximo tópico deste trabalho.

1.2. CONCEITUANDO VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Como foi visto, a mulher possui um histórico bem cruel de violência, sendo vítima de diversas manifestações. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (World Health Organization, 1996), a violência é tida como a imposição de dor e sofrimento que podem ser evitados. Assim, tem-se a Violência Obstétrica (VO) como um tipo de violência contra a mulher.

É muito importante refletir acerca da falta de respeito e descaso com as gestantes na hora do parto, seja no âmbito público, como no âmbito privado de saúde, sendo pauta de discussão de vários veículos informativos, como imprensa e redes sociais, trazendo relatos de

mulheres que tiveram seus direitos violentados (ZANARDO et al., 2017).

Sobre isso, o Ministério da Saúde (2012) relatou que 12,7% das queixas apresentadas por mulheres tratavam acerca do trato sem respeito, como o fato de relatarem mal atendimento, falta de atenção em suas queixas e dúvidas, até mesmo o fato de terem sofridos agressões físicas e verbais.

A OMS (2014) aponta que no mundo todo, há presença de abuso entre as gestantes, falta de respeito, maus tratos, negligência durante os partos. Essas ações podem gerar sérias consequências para a mãe e para o bebê, ainda mais se tratando de um momento complexo, quando a vulnerabilidade está muito presente. A OMS (2014,

p. 1) salienta que “[...] atualmente não há consenso internacional sobre como esses problemas podem ser cientificamente definidos e medidos. Em consequência, sua prevalência e impacto na saúde, no bem-estar e nas escolhas das mulheres não são conhecidas”.

Sobre isso, Zanardo et al. (2017, p. 1) dizem que “[...] a Organização aponta a necessidade de realizar pesquisas com intuito de definir, medir e compreender melhor as práticas desrespeitosas e abusivas durante o parto, assim como elaborar formas de prevenção e eliminação dessas condutas”.

Vários termos já foram designados ao se tratar de VO, como “violência no parto”, “abuso obstétrico”, “desrespeito e abuso”, “violência de gênero no parto e aborto”, “violência institucional de gênero no parto e aborto”, “assistência desumana/desumanizada”, “crueldade no parto” e “violações dos Direitos Humanos das mulheres no parto” (BOWSER & HILL, 2010).

Portanto, ao estipular um conceito para VO na revisão de literatura, não se encontra apenas uma definição. Segundo D’Oliveira, Diniz & Schraiber (2002), há quatro tipos de violências contra a mulher no âmbito da saúde: violência psicológica, negligência, violência física e violência sexual. A violência psicológica é aquela em que o tratamento é mediado por gritos, humilhação e tratamentos hostis; já a violência física é aquela que se nega o alívio da dor, quando há uma

indicação para isso; tem-se a negligência, que ocorre quando há uma omissão de atendimento; por fim, tem-se a violência sexual, tratando-se de estupro e assédio sexual.

Autores como Sanfelice et al., (2014) e Wolff & Waldow (2008) conceituam a VO como uma violência psicológica, marcada por ameaça, ironias e a violência física, que acontece pela forma como o corpo feminino é manipulado, exposto a situações desnecessárias, fazendo com que o momento do parto seja algo ruim, traumático e desagradável. Ademais, podem-se incluir atitudes como contar mentiras para a paciente, dizendo que sua condição só é passível de cesariana eletiva.

Outrossim, a VO inclui o uso excessivo de drogas e intervenções durante o parto, e práticas não baseadas em evidências científicas que são consideradas desagradáveis e muitas vezes dolorosas. Alguns exemplos são depilação dos pelos pubianos, episiotomia de rotina, enema, indução do parto e a proibição do direito da mulher de escolher um parceiro durante o parto (DINIZ, 2009).

Portanto, a violência obstétrica é tida como uma violação dos direitos da gestante durante o parto, incluindo a perda da autonomia e do poder de decisão sobre o próprio corpo. Logo, implica em dizer que os profissionais de saúde ocupam os processos reprodutivos das mulheres por meio da assistência mecanizada, técnica, impessoal e em larga escala ao parto (GARCÍA, DIAZ, & ACOSTA, 2013).

Ainda, fatores como diferenças étnicas, classe sociodemográfica, renda e escolaridade afetam a percepção da usuária a respeito dos cuidados durante o parto e o próprio parto. No Brasil, em alguns serviços de saúde públicos, são atendidas mulheres de baixa escolaridade e baixa renda, que são consideradas sem autonomia ou capacidade de determinar sua própria saúde durante o parto (D'ORSI et al., 2014).

A violência obstétrica está relacionada à violência de gênero e outras violações de direitos por parte de instituições de saúde contra suas usuárias (DINIZ, 2005). Outro fator associado a essas questões é a escolha da mulher pela cesárea, que por muitas vezes é uma escolha

induzida e influenciada. Assim, configura-se como uma falta de respeito para com as decisões dela sobre seu corpo. Logo, entende-se que o melhor a ser feito é respeitar as decisões das mulheres, orientando-as de forma honesta e orientando para a cesárea quando não tiver outro jeito ou quando isso for uma escolha da gestante.

2.3 CESARIANA X PARTO NORMAL

Dentro de uma sociedade carregada de raízes históricas que proporcionaram escolhas equivocadas, encontra-se a questão do parto, que vem passando por muitas mudanças, visto que antes não havia a possibilidade de realizar um parto sem que houvesse dores, nem como facilitar a sua realização. O fato era que antes as gestantes sentiam suas contrações aumentarem, realizavam seu parto sem assistência ou cuidado especializado (PINHEIRO, BITTAR, 2012).

Esses cuidados só foram se modificando quando as próprias gestantes começaram a ajudar umas às outras, proporcionando melhorias no percurso do parto, seja para a gestante, seja para o recém-nascido (RN). Na sequência, essas benfeitorias foram acontecendo por conta das parteiras, que conforme os partos iam acontecendo, elas iam adquirindo mais experiência e passavam de geração em geração, a fim de colaborar cada vez mais para que o parto fosse algo saudável (FERREIRA; VIANA; MESQUITA, 2014).

Diante disso, compreende-se que realizar um parto natural não é só no ato, engloba-se também o período pré e pós. Considerando essas questões, emerge o movimento de humanização no parto a nível global, objetivando o uso de uma tecnologia adequada somente quando for necessário, eliminando as tecnologias que causam danos desnecessários, promovendo assim, uma melhor qualidade entre os profissionais de saúde e gestantes (BARROS, 2011).

Desde o final da década de 1990, o Ministério da Saúde utiliza o termo “humanização no parto” para se referir a uma série de políticas públicas promovidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pela

Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), realizado pelo Banco Mundial com o apoio de vários atores sociais, como organizações não governamentais (ONGs) e entidades profissionais. Com a criação do Programa de Humanização do Pré-Natal e Nascimento (PHPN), instituído pela Portaria do Ministério da Saúde nº 569, de 6 de janeiro de 2000, pode-se afirmar que o Brasil passou a propor importantes iniciativas para a implantação partos humanizados (NASCIMENTO et al., 2010).

Dentre as razões de se realizarem uma cesariana, os médicos devem optar pela cesariana em alguns casos, quando o procedimento exigir isso, com o intuito de beneficiar a saúde da mãe e do RN, como as questões de problemas cardiológicos da mãe, deslocamento prematuro da placenta, má formação fetal, infecção pelo HIV, dentre tantos outros problemas. Contudo, esse aumento dos índices de partos cesáreos não necessariamente está associado a esses fatores, e de acordo com a OMS, o parto operatório é uma das práticas mais recorrentes, sendo realizada de forma equivocada e desordenada (HADDAD; CECATTI, 2011).

2.DIREITOS DA MULHER

As concepções dos historiadores em relação à sociedade, geralmente ignoram a situação das mulheres. Esse é um dilema recorrente na história, pois acabam excluindo as mulheres ou as utiliza como coadjuvantes da análise: no setor econômico, não envolve mulheres improdutivas; nos métodos sociais, concede privilégios de classe ignorando o gênero; já no âmbito cultural e mental, fala-se do nome Homem de forma geral (PERROT, 1988).

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil iniciou os assuntos fundamentais em seu Título II, falando sobre os direitos e garantias. Segundo Ingo Sarlet, direitos fundamentais decorrem de reivindicações por condições injustas de necessidades humanas. Portanto, apresentam características históricas e fornecem

subsídios para a ideologia política do sistema jurídico. Eles também são inalienáveis, inalienáveis e inalienáveis (SILVA, 2005).

Ainda, em relação às normas da Constituição, a Lei nº 11.340 de 2006 (comumente conhecida como Lei Maria da Penha) estabeleceu diversos mecanismos para controlar a violência doméstica contra a mulher, seja ela física, psicológica, patrimonial e moral. Segundo o relatório da ONU Mulheres (UN WOMEN, 2009), é uma das leis mais avançadas nessa área no mundo. Ademais, essa lei se configura como a “construção de uma nova cultura desvinculada da opressão da mulher no ambiente doméstico e, conseqüentemente, no seio da sociedade” (PITTA; OLIVEIRA, 2012, p. 192).

Além disso, no que se refere à violência contra a mulher, a Lei nº 13.239 de 2015 garante que as mulheres vítimas de violência grave no Sistema Único de Saúde (SUS) realizem cirurgias plásticas para reparar as lesões sofridas pela violência. A fim de punir mais severamente a opressão às mulheres, foi promulgada em 2015 a Lei nº 13.104, que definia o assassinato de mulheres com base nas condições de gênero como assassinato de mulheres, tornando-o crime condicional e hediondo. No campo cível, a Lei 13.112 de 2015 reconhece que a mulher tem o direito de registrar o nascimento de seus filhos em igualdade de condições (PALAR & SILVA, 2018).

Do ponto de vista histórico, só recentemente surgiu a trajetória do movimento social para legitimar o conceito de saúde da mulher e direitos reprodutivos na esfera pública brasileira. No início da década de 1980, o movimento definia-se como saúde da mulher, e o termo ainda permanecia em nome da política pública para a qual suas exigências foram traduzidas. Quando, em 1984, o Ministério da Saúde brasileiro atendeu às exigências do movimento para as mulheres e elaborou sobre a preocupação geral o Programa Saúde da Mulher (PSM), marcando pela primeira vez um avanço conceitual com os princípios norteadores das políticas de saúde da mulher e os critérios para a seleção de prioridades neste campo (BRASIL, 2007).

Sabe-se que o Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM) acabou se tornando um marco no progresso de ideias

referentes à saúde da mulher, por conta de ter sido o primeiro do mundo nesse ramo, quando propôs que fosse incluída a saúde reprodutiva das mulheres no setor de atenção integral da mulher, sendo não mais usada de forma isolada do planejamento familiar (GALVÃO, 1999).

Impulsionadas pelo movimento feminista, as políticas de saúde da mulher formuladas por meio de discussões complexas contribuíram para o processo de transformação da saúde da mulher. Embora tenha havido avanços significativos, esse processo é dinâmico e acompanhado de transformações sociais. Diferentes políticas para orientar as questões de saúde da mulher fizeram progressos substanciais na busca global pela saúde da mulher

2.2.PROJETOS DE LEI SOBRE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Diante de toda essa situação, a VO é vista como um assunto com invisibilidade no Brasil, uma vez que as pesquisas mostram que a cada quatro mulheres brasileiras, pelo menos uma já foi vítima desse tipo de violência (FPA, 2015).

Vale destacar que se entende por VO prática ou omissão contra a mulher durante o pré-natal, parto ou puerpério, que faça com que a mulher sofra dor, lesão ou sofrimento desnecessário, sem seu consentimento explícito ou sem respeito a sua autonomia implementar. Este conceito abrange todos os provedores de saúde, não apenas os médicos. Também é definida como violência obstétrica, qualquer comportamento ou intervenção contra gestantes, puérperas ou puérperas (parto recente) ou seus bebês sem seu consentimento explícito ou informado, e desrespeito a sua liberdade, saúde física e mental, que acometa seus sentimentos e escolhas (FPA, 2015).

A violência obstétrica viola gravemente a autonomia das mulheres, os direitos humanos e os direitos sexuais e reprodutivos. Estas são as características da violência obstétrica, tais como: violência por meio de gritos; procedimentos dolorosos sem consentimento ou informação, e falta de analgesia e negligência; recusa de entrada no

hospital (Lei nº 11.634 / 2007); obstrução da entrada de acompanhante (Lei Nº 11.108/ 2005); violência psicológica (agressiva, discriminatória, rude, zombeteira, inclusive por causa da cor da pele, etnia, raça, religião, estado civil, orientação sexual e número de filhos). Além disso, fatores como o impedimento de ter contato com os filhos, barreiras à amamentação; cesarianas desnecessárias e não autorizadas; realização indiscriminada de episiotomia; uso de ocitocina sem o consentimento da mulher; movimentos de Kristler (aplicação no abdômen de mulheres grávidas, fazendo pressão para empurrar o bebê); proibir as mulheres de comer ou hidratar-se e obrigar a mulher a deitar-se (BRASIL, 2007; BRASIL, 2005).

O grande número de cesáreas no Brasil (cerca de 52% no setor público e 88% no setor privado) contraria as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS). Segundo a OMS, a taxa ideal de cesárea ficaria entre 10% e 15% (PESQUISA NASCER NO BRASIL, 2012).

Considerando todos os exemplos já citados de violência obstétrica, é possível concluir que embora não haja uma lei federal específica, o sistema jurídico brasileiro já possui uma legislação estadual geral sobre violência obstétrica. O Estado de Santa

Catarina promulgou a Lei 17.097 em 17 de janeiro de 2017. O Estado de São Paulo possui o Projeto de Lei nº 1.130, de 2017, da deputada Leci Brandão, que trata da violência obstétrica. No entanto, independentemente da promulgação de leis específicas, a violência obstétrica pode ser uma característica de fatos típicos e ilegais, previstos no Direito Penal, como homicídio, lesão corporal, negligência e contrário à honra (BRASIL, 2017).

Ademais, há projetos de lei nesse sentido, como a 7.633/2014, trazida pelo então deputado Jean Wyllys, bem como a 8.2019/17, feita pela deputada Jô Moraes, que também estipulam as diretrizes e princípios inerentes à questão feminina, como direitos na gravidez, pré-natal e puerpério e a eliminação da violência obstétrica.

A Constituição Federal de 1998 abarca o princípio da igualdade e estipula o direito à assistência médica adequada. A Carta Magna

esclareceu a obrigação do Estado de conter a violência contra as mulheres de uma forma original e, portanto, inclui a obrigação de precaver e condenar a violência obstétrica. No artigo 5º, há a seguinte afirmação: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1998).

Em termos de partos, as grávidas têm licença garantida e o mercado de trabalho feminino está protegido. O Governo Federal, o Estadual, o Distrito Federal e os municípios têm autoridade comum (Artigo 23) para tratar da saúde e da assistência pública, fornecendo acesso à cultura, educação e ciência, a fim de combater as causas da pobreza e da marginalização e promover a igualdade (BRASIL, 1998).

Diante de todos esses apontamentos, nota-se que são necessárias mais leis que assegurem esses direitos das mulheres e, ainda, maiores fiscalizações, para que as leis em vigência sejam cumpridas de forma plena e profícua.

2.3.PLANO DE PARTO

O Plano de Parto consiste em um documento por uma gestante em forma de carta ou preenchimento de um modelo pré-existente, contendo o que ela espera ou não que aconteça durante o parto, registrando seus desejos. Ele apareceu nos Estados Unidos como uma carta há cerca de 30 anos, na qual uma mulher grávida escrevia sobre como gosta de passar pelos diferentes estágios do parto e como ela e seu bebê devem

ser tratados antes, durante e depois do parto. Nesse documento, serão registrados quais procedimentos médicos a mulher grávida receberá e quais procedimentos médicos ela prefere evitar (TORRES & RACHED, 2017).

Corroborando Duarte (2016), dentre as funções do plano de parto, destaca-se o fato da mulher saber que ela tem a possibilidade de fazer

suas escolhas. A autora aponta que, no momento do preenchimento, a gestante levará em consideração o tipo de parto que prefere, portanto, estará mais preparada para conversar com o médico para saber se ele tem a mesma ideia. Uma mulher grávida/parturiente tem o direito de participar das decisões relativas a sua saúde e a de seu bebê, a menos que haja uma emergência médica evidente que a impeça de participar conscientemente. Além disso, a mulher grávida tem o direito de saber os benefícios e danos que cada procedimento, exame ou operação médica pode causar a ela e ao bebê.

Com isso, torna-se evidente a importância da regulamentação do Plano de Parto no Brasil, podendo ser visto como um direito da mulher e do bebê, trazendo mais segurança, eficiência e qualidade na hora da realização do parto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os problemas inerentes à violência existem na vida diária e muitas vezes são esquecidos. No cenário obstétrico, existe a violência, ela também passa por um processo trivial e invisível, principalmente porque ocorre em um ambiente que deve ser acolhido e protegido, como em hospitais e maternidades. A chamada violência obstétrica é obviamente dirigida às mulheres, além de ser institucional, e pela sua naturalização, também tem o mesmo significado simbólico, por isso se posiciona como violência de gênero.

Diante de todos os fatores da VO, destacam-se: falta de informação sobre os direitos das usuárias / maternos (mulheres e equipes médicas); estrutura instável da maioria dos hospitais públicos; falta de capacitação humanitária dos profissionais de saúde; hospitais por patriarcado e discriminação de gênero em sociedade. A reprodução do preconceito de gênero no sistema, o status cultural superior dos médicos. Portanto, é muito importante ressaltar que essa situação não é universalmente aplicável a todas as classes sociais, pois a maioria das vítimas de violência obstétrica são mulheres negras pobres, com baixa escolaridade e uso de saúde pública.

A partir da análise dos fatos, pode-se perceber que o Judiciário brasileiro não dispõe de pareceres suficientes sobre as questões relacionadas à violência obstétrica. A falta de legislação específica, juntamente com a falta de compreensão dos juízes locais sobre esta questão, resultou na incapacidade das mulheres de proteger o nível mínimo de direitos básicos. Lacunas legislativas, falta de conhecimento dos juízes e insuficiência de relatórios são fatores de comunicação e de indeferimento de muitos processos que visam reparar a violência citada. Essa realidade dificulta novas denúncias e impede o judiciário de desempenhar adequadamente suas funções sociais, situação que expõe mulheres e crianças à violência e à humilhação humana.

REFERÊNCIAS

BARROS, M. L. F. Percepção dos profissionais de saúde e das mulheres sobre o tipo de parto: revisão de literatura. *Rev. Enferm. UFPE Online*, 2011, 5(2), 496-504.

BOURDIEU, P. A dominação masculina. Trad. Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Ouvidoria Geral do SUS. Resultados preliminares da pesquisa de satisfação com mulheres puérperas atendidas no Sistema Único de Saúde – SUS, maio a outubro de 2012. Brasília, DF.

BRASIL. Código de defesa do consumidor e normas correlatas. 2^a. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 fev. 2022.

BRASIL. Lei no 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. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 08.08.2006

BRASIL. Lei no 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. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10.03.2015

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Código de ética médica: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina – Brasília: 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ publica dados sobre violência contra a mulher no judiciário, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85640-cnj-publica-dados-sobre-violencia-contra-a-mulher-no-judiciario>. Acesso em: 8 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Banco Nacional de Monitoramento de Presos (BNMP 2.0), 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 2 fev. 2022.

COREN – SP. Parto natural e parto normal: quais as diferenças? Revista Enfermagem. Ano 10. no 81, Julho/ 2009. São Paulo – SP. Disponível em http://www.corensp.org.br/sites/default/files/revista_enfermagem_julho_2009_0.pdf. Acesso em: 2 fev. 2022.

D'ORSI, E., BRÜGGEMANN, O. M., DINIZ, C. S. G., AGUIAR, J. M., GUSMAN, C. R.,

TORRES, J. A. et al. (2014). Desigualdades sociais e satisfação das mulheres com o atendimento ao parto no Brasil: estudo nacional de base hospitalar. Cadernos de Saúde Pública, v. 30, Supl. , p. 154-168, 2014.

DIAS, M. B. A Lei Maria da Penha na Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, C. S. G. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 10, n. 3, p. 627-637, 2005.

DUARTE, C. N. B. PROCESSOS IDENTITÁRIOS E SAÚDE REPRODUTIVA: ESTUDOS COM

UM GRUPO DE DOULAS. Dissertação de Mestrado em Psicologia pela Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2016. Disponível em: http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/3118/1/tese_8336_Duarte%2C%20Camila%20Nogueira%20Bonfim%20-%20Dissertação%20versão%20digital.pdf. Acesso em: 2 fev. 2022.

GARCÍA, D., DÍAZ, Z., & ACOSTA, M. El nacimiento en Cuba: análisis de la experiencia del parto medicalizado desde una perspectiva antropológica. *Revista Cubana de Salud Pública*, v. 39, n. 4, p. 718-732, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). Assistência ao parto normal: um guia prático. Relatório de Grupo Técnico. OMS / SRF / MSM / 96.24. Genebra: Organização Mundial de Saúde, 1996

PITTA, T. C.; OLIVEIRA, C. R. T. “Violência psíquica contra a mulher: a necessária atuação estatal por meio de políticas públicas”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n.61, jul./dez. 2012, pp. 175-221.

WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. (1996). Global consultation on violence and health. Violence: a public health priority. Geneva: Autor. Acesso em 30 de agosto, 2015, em http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/introduction.pdf

ZANARDO, G. L. P., Calderón, M., Nadal, A. H. R., & Habigzang, L. Violência obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa. 2017.

Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v29/1807-0310-psoc-29-e155043.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2022.

STALKING: O CRIME DE PERSEGUIÇÃO NO BRASIL

Guilherme Ribeiro Neves¹

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro²

INTRODUÇÃO

O crime de perseguição, conhecido também como *stalking*, foi inserido no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) em seu art. 147-A, por meio da Lei nº 14.132, no dia 31 de março de 2021 (BRASIL, 2021).

Não se trata de um comportamento novo, mas sim de uma conduta que se perde no tempo, embora seu estudo tenha começado, com maior profundidade, nos anos 90, principalmente nos EUA (GRECO, p.237).

A Lei nº 14.132/2021 (BRASIL, 2021) além de tipificar o referido delito, revogou também o art. 65 da Lei 3688/1941 (BRASIL, 1941), conhecida como Lei das Contravenções Penais, que previa a contravenção de perturbação da tranquilidade. Essa tipificação que estava presente no art. 65, era utilizada pelo Poder Judiciário quando se deparava com um caso de perseguição.

Contudo, com a sua revogação, não se pode, hoje, utilizá-lo, uma vez que deve ser aplicado o art. 147-A do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940).

A palavra de origem inglesa *stalking* pode ser traduzida como “perseguição” ou “ficar à espreita”.

Segundo Castro e Sydow (2017, p. 53): “Trata-se de curso de conduta de importunação, caracterizado pela insistência, impertinência e habitualidade, desenvolvido por qualquer meio de contato, vigilância, perseguição ou assédio”.

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé. Email: gui.rneves@hotmail.com.

2 Professora do Centro Universitário Faminas-Muriaé. Mestre em Direito pela UCP. Especialista em Direito Processual Contemporâneo pela UFRRJ. Advogada.

Tal Lei exige para efeitos de configuração dessa perseguição, que ela ocorra de forma reiterada, ou seja, constante, habitual. Isso quer dizer que uma única abordagem, mesmo que inconveniente, não se configurará no delito em estudo, sendo, portanto, imprescindível a reiteração do comportamento do agente, criando situação de incômodo, desconforto e até mesmo medo para a vítima.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar o crime de *stalking* no Brasil. Para tanto, serão analisadas as considerações gerais acerca desse crime, suas categorias, classificação e consequência jurídica.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em referências bibliográficas, e análise de caso prático.

1 DAS CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O STALKING

A prática do *stalking* pode ser configurada pelo ato de telefonar e permanecer em silêncio, ligar continuamente e desligar tão logo que a vítima atenda, fazer ligações o tempo todo, tentando conversar com a vítima, enviar presentes, mensagens de todas as formas, tais como SMS, *directs*, *e-mails*, *WhatsApp*, bilhetes, cartas, dentre outras, sejam elas amorosas ou agressivas, acompanhar a vítima à distância, aparecer em lugares frequentados comumente pela vítima ou pessoas que lhe são próximas, estacionar o automóvel sempre ao lado do carro da vítima, a fim de que ela saiba que o agente está por ali, à espreita, enviar fotos, músicas, flores, instrumentos eróticos, roupas íntimas, animais mortos, enfim, existe uma infinidade de meios que podem ser utilizados pelo agente na prática dessa infração penal (GRECO, p.237).

Um exemplo clássico do crime de *stalking* seria uma pessoa que não aceita o fim de um relacionamento e passa a ligar reiteradas vezes para o ex-companheiro, vai à sua casa ou trabalho sem ser chamada, usa de diversos artifícios para o intimidar a não iniciar nova relação amorosa (BRASIL, 2021).

Sabe-se que, nos últimos anos, esse tipo de comportamento tem aumentado, exponencialmente, no Brasil. Assim, com a inserção do

artigo 147-A no Código Penal (BRASIL, 1940), a Lei 14.132/21 visa coibir ou pelo menos diminuir esse tipo de conduta (BRASIL, 2021).

O novo delito de perseguição traz a seguinte redação:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I - contra criança, adolescente ou idoso;

II - contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III - mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação (BRASIL, 2021).

Como a pena máxima do referido delito é de dois anos, a competência para julgamento será dos Juizados Especiais Criminais, salvo se ocorrer qualquer majorante prevista em seu primeiro parágrafo (BRASIL, 2021).

Cabe também salientar o exposto no segundo parágrafo, que afirma que o agente poderá responder por eventuais agressões à vítima, como o exemplo da incidência do crime de lesão corporal, caso ele tenha se utilizado da violência física (BRASIL, 2021).

Por fim, o terceiro parágrafo menciona que o crime de perseguição se trata de uma ação penal condicionada à representação da vítima (BRASIL, 2021).

1.1 CATEGORIAS DE STALKING

De acordo com a autora italiana Alessia Micoli, “o *stalking* pode ser subdividido em quatro categorias, tais como “*Stalking* das celebridades”, “*Stalking* emocional”, “*Stalking* ocupacional” e, por fim, o “*Stalking* familiar” (MICOLI, 2012).

O *Stalking* das Celebridades consiste na perseguição de celebridades, ou seja, na perseguição de pessoas socialmente famosas, trazendo como motivos o ciúme, inveja, ódio, e ainda, a própria idolatria como o principal motivo (MICOLI, 2012).

Em seguida, há de se falar do *Stalking* Emocional, que é o tipo mais frequente e comum, uma vez que está diretamente associado ao término de um relacionamento afetivo, no qual uma delas não se conforma com a perda da outra (MICOLI, 2012).

Tratando-se do *Stalking* Ocupacional, esse se inicia no local de trabalho, causando a invasão da vida privada da vítima, podendo ser de forma afetiva ou destrutiva (MICOLI, 2012).

Por fim, o *Stalking* Familiar é a perseguição que acontece dentro do âmbito familiar, por seus entes (MICOLI, 2012).

Faz-se necessário mencionar que as categorias trazidas por Alessia Micoli não exclui o surgimento de outras (MICOLI, 2012).

Por fim, a divisão em categorias é de extrema importância no que tange à organização e estruturação do tema, entretanto, devido à sua gravidade, jamais poderá ser dispensada atenção caso a caso.

1.2 DO CYBERSTALKING

O *cyberstalking* é uma das formas mais recentes e que tem trazido maiores preocupações aos estudiosos. Esse termo significa a perseguição que ocorre no mundo virtual (AMIKY, 2014).

De acordo com o Psicólogo Forense norte-americano J. Reid Meloy, o neologismo *cyberstalking* entrou no léxico do inglês para designar a invasão indesejada à vida de alguém por meio da internet.

Como já visto em outras ocasiões, uma nova tecnologia pode servir de veículo para comportamentos ilícitos e até criminosos e na internet não seria diferente (MELOY, 2001).

Os pontos fortes dessa nova tecnologia, de acordo com Meloy, são o seu rápido crescimento e sua grande capacidade de tornar a comunicação tão universal quanto instantânea (MELOY, 2001).

Para o autor italiano Marcelo Mazzola, em sua obra escrita em 2008, o *cyberstalking* conta com três vantagens, quais sejam a possibilidade de se comunicar à distância, a possibilidade de entrar em contato com pessoas desconhecidas e por fim, a garantia do anonimato (MAZZOLA, 2008).

Além das três principais vantagens descritas pelo autor, há de se falar também das informações que a própria vítima fornece e expõe nas mídias (MAZZOLA, 2008).

Desta forma, a vítima fornece informações pessoais, familiares, seus locais de maiores frequências, quem são seus amigos, onde trabalha, estuda e quais são seus *hobbys*, colaborando com a estratégia de perseguição traçada pelo perseguidor, contribuindo efetivamente contra a sua própria segurança.

1.3 DAS OUTRAS FORMAS DE PERSEGUIÇÃO

Além do *stalking* e do *cyberstalking*, pode-se falar em *bullying* e *mobbing*, que se relacionam, mas não se confundem (AMIKY, 2014).

O *bullyng*, que se tornou bastante conhecido e discutido principalmente nas escolas, é conceituado pelo médico brasileiro Aramis Antônio Lopes Neto, como:

O conjunto de comportamentos agressivos e repetitivos de opressão, tirania, agressão e dominação de uma pessoa ou grupos sobre outra pessoa ou grupos, subjugados pela força dos primeiros. *Bullying* é uma palavra inglesa que identifica praticamente todos esses maus comportamentos, não havendo

termo equivalente em português. *Bully* é traduzido como brigão, valentão, tirano; como verbo significa tiranizar, oprimir, amedrontar, ameaçar, intimidar, maltratar (NETO, ano, página).

Se os atos mencionados forem cometidos por adolescentes são chamados de *bullying*. Por outro lado, recebem o nome de *mobbing* quando esses atos persecutórios forem praticados no âmbito do local de trabalho, por um grupo contra uma pessoa (AMIKY, 2014).

1.4 DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DO STALKING

Diante da análise do tipo penal, baseando-se na classificação de Rogério Greco (2021, p. 236-237), é possível apontar características do novo ilícito. Trata-se de um crime habitual, uma vez que a infração penal prevista no art. 147-A do CP se consuma quando da prática reiterada da perseguição e por qualquer meio, venha a ameaçar a integridade física ou psicológica da vítima, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade (BRASIL, 1940).

Justamente por isso, não conseguimos visualizar a possibilidade de tentativa, já que, ou o agente pratica, reiteradamente, os atos de perseguição para o delito se consumar, ou os fatos praticados anteriores, não reiterados, são considerados como um indiferente penal (BRASIL, 1940).

O delito em questão pode ser cometido por qualquer agente ativo, já que qualquer pessoa pode ser considerada como sujeito ativo do delito de perseguição, seja ela do sexo masculino ou feminino. Por conseguinte, o sujeito passivo também poderá se tratar de qualquer pessoa, de ambos os sexos (BRASIL, 1940).

Além disso, tal delito poderá ser cometido em diversos meios, isto é, o agente poderá cometer o crime utilizando-se do meio físico,

ou seja, de forma presencial, ou de maneira virtual e ainda, mesclar os dois tipos (BRASIL, 1940).

Atualmente, o chamado *cyberstalking*, ou seja, a perseguição que é levada a efeito no mundo virtual, pelo uso da internet, ganhou proporções assustadoras, dada a quantidade de ferramentas disponíveis para a sua realização. A exposição constante na internet, utilizando-se de redes sociais como o *facebook* ou o *instagram*, onde a pessoa posta fotos e vídeos pessoais, fez com que houvesse um crescimento do *cyberstalking* que, ao contrário do que muitos pensam, não tem como foco somente pessoas conhecidas, famosas, artistas etc., mas, e principalmente, as demais pessoas, ditas comuns (GRECO, p.239)

É importante trazer à baila a identificação de dois comportamentos que se configuram em *stalking*, a saber, a vigilância constante e a perseguição contumaz, presentes na Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), conhecida como Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em seu art. 7º, II, *in verbis*:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: (...) II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, **vigilância constante**, **perseguição contumaz**, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (...). (BRASIL, 2006).

Diante o exposto, já se percebe a preocupação do legislador em coibir este tipo de comportamento mesmo antes da inclusão do art. 147-A no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940).

2 DA OCORRÊNCIA E RESPONSABILIZAÇÃO DO *STALKING* NO BRASIL

2.1 DAS TAXAS DE OCORRÊNCIA DO *STALKING* NO BRASIL

A nova Lei entrou em vigor no dia 1º de abril de 2021 no Código Penal (BRASIL, 2021). No primeiro mês, desde a criação do crime de *stalking* no Brasil, o estado de São Paulo teve 686 boletins de ocorrências registrados por vítimas nas delegacias do estado. O número equivale a uma média de 23 queixas por dia, dados estes revelados pela reportagem elaborada pelo G1 – Globo (GLOBO, 2021).

Esse foi o caso de Renata, entrevistada pelo Fantástico – Globo, em julho de 2021. Renata foi perseguida dois anos por uma mulher, a qual nem sequer conhecia. A perseguidora tinha acesso a várias informações da vítima como endereço, telefone, dentre outros e alguns dias depois do início das perseguições, a *stalker* chegou a ir a sua casa, proferindo xingamentos e causando escândalos (GLOBO, 2021).

Não suportando mais tal situação, Renata prestou queixa na delegacia local, uma vez que, como já afirmado anteriormente, o art. 147-A em seu §3º, do CP afirma que o crime de perseguição somente se procederá mediante representação (BRASIL, 1940).

Antes mesmo do *stalking* virar crime no Brasil, a ONG Safernet já vinha mapeando vítimas e ofereceu um canal de ajuda. De 2015 a 2020, foram 87 casos de vítimas de *ciberstalking* que buscaram ajuda da SaferNet (GLOBO, 2021).

Nesses cinco anos, a ONG afirma que as mulheres eram maioria nos atendimentos (75,9%), mas uma parcela considerável também é formada por homens (24,1%). Desses 87 casos, três vítimas possuíam

menos de 17 anos. Vinte uma delas possuíam entre 18 e 25 anos, e a maior parte delas (63 vítimas), com mais de 25 anos (GLOBO, 2021).

Já em uma pesquisa realizada em 22 de março de 2022 pelo SBT, foi divulgado que nos oito primeiros meses de vigência da lei que criminaliza o *stalking*, mais de 6 mil casos chegaram à Justiça, porém, sem nenhuma condenação até o momento (SBT, 2022).

Esse tipo de violência tem se tornado cada vez mais comum, sendo só no estado de São Paulo, por exemplo, cerca de 43 denúncias de perseguição registradas por dia, observando-se tratar de um número alarmante, principalmente por esse crime estar ligado a vários outros, levando a ocorrência de ameaças lesões corporais e até o feminicídio, que também vem obtendo um crescimento exponencial (SBT, 2022).

2.2 DA RESPONSABILIZAÇÃO CÍVEL

Como a prática do *stalking* se caracteriza um ilícito, é de extrema importância tratar da obrigação que nasce ao *stalker*, qual seja a de indenizar a vítima, por meio da responsabilidade civil (AMIKY, 2014).

A frequência e a insistência no comportamento do *stalker*, mesmo diante das negativas da vítima, é um dos elementos definidores do *stalking*, e é justamente nessa insistência que o abuso de direito se configura. É então no exercício de um direito além dos limites impostos especialmente pelo seu fim social, pela boa-fé e pelos bons costumes que o *stalker* abusa do seu direito e causa danos a outrem (AMIKY, 2014).

Considerando os requisitos necessários para a configuração do *stalking*, fica fácil a constatação de abuso sobre o direito, uma vez que desvia dos parâmetros, especialmente os da finalidade social do exercício do direito, pois uma pessoa que persegue outra obsessivamente durante certo período, a ponto de fazê-la viver com medo e pânico constante, ocasiona traumas e problemas irreparáveis, conforme percebe-se no art. 187 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo,

excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 1940)

Em se tratando do dano, é importante citar o que menciona o caput do artigo 944, do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002). Infere-se, portanto, que o *stalker* pode ser responsabilizado subjetivamente, sem nenhuma dificuldade, pois não só a perseguição que ele promove é intencional, como também o dano provocado na vítima (AMIKY, 2014).

Nesse sentido, o *stalker* não pretende apenas perseguir a vítima, mas sim amedrontá-la e vê-la subjugada, pois sob o seu julgo ele finalmente alcançou sua intenção, qual seja deter poder sobre a vítima, preenchendo, portanto, os elementos essenciais da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam: Fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia; Ocorrência de um dano patrimonial e/ou moral, sendo que, pela Súmula 37 do STJ, serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato. E por fim,nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente (DINIZ, 2008).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que no dia 31 de março de 2021, por meio da Lei nº 14.132 (BRASIL, 2021), foi inserido o art. 147-A, no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), que trata sobre o crime de perseguição, popularmente chamado, crime de *stalking*.

A partir desse momento, deixou-se de utilizar o art. 65 da Lei de Contravenções Penais (BRASIL, 1941), que previa a contravenção de perturbação da tranquilidade, uma vez que era essa tipificação utilizada pelo Poder Judiciário em casos de perseguição, sendo agora utilizado o dispositivo do art. 147-A do Código Penal (BRASIL, 1940).

Além das perseguições tradicionais, na qual o agente persegue de forma física sua vítima, com a nova era da tecnologia, vem se fazendo cada vez mais presente a utilização do termo *cyberstalking* (GRECO, 2021).

O *cyberstalking* seria a perseguição pelo mundo virtual, trazendo ao agente algumas vantagens, como a possibilidade de se comunicar à distância, a possibilidade de entrar em contato com pessoas desconhecidas e por fim, a garantia do anonimato.

Ademais, foi abordado acerca de outras duas formas de perseguição, que não se confundem, *bullying* e o *mobbing*. A principal distinção entre esses dois institutos seria que se a perseguição for cometida por adolescentes, principalmente, mas não exclusivamente, no âmbito escolar, são chamados de *bullying*. Já o *mobbing* seria quando esses atos persecutórios forem praticados no âmbito profissional, isto é, no local de trabalho, por um grupo contra uma pessoa (AMIKY, 2014).

Por conseguinte, observa-se que apesar de tratar-se de um crime consideravelmente recente, haja vista sua vigência em 2021, mais de 6 mil denúncias já chegaram à Justiça, principalmente no estado de São Paulo (GLOBO, 2021).

Infere-se, portanto, que agora se tem na Lei a presença de um instrumento para atuação nos casos de perseguição. Um instrumento correspondente a essa conduta, que causa tantos transtornos à vida, à rotina, ao bem-estar e à tranquilidade de quem é perseguido ou perseguida (BRASIL, 2021).

REFERÊNCIAS

AMIKY, Luciana Gerbovic. **STALKING**. Dissertação de Mestrado PUC/SP. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf> . Acesso em: março de 2022.

BRITTO, Claudia Aguiar; FONTAINHA, Gabriela. **O novo crime de Perseguição – Stalking**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343381/o-novo-crime-de-perseguiacao--stalking>. Acesso em: março de 2022.

CASTRO, Ana Lara; SYDOW, Spencer. **Stalking e Cyberstalking: obsessão, internet, amedrontamento**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017.

Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (**Código Penal**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: março de 2022.

Decreto-Lei Nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (**Lei das Contravenções Penais**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: março de 2022.

CRESPO, Marcelo. **Algumas reflexões sobre o Cyberstalking**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/226885184/algumas-reflexoes-sobre-o-cyberstalking>. Acesso em: março de 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil comentado**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Marcel. **Primeiras Linhas sobre o crime de perseguição (stalking)**. Boletim IBCCRIM, ano 29, nº 347.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). São Paulo: Grupo GEN, 2021.

Lei Nº 14.132, de 31 de março de 2021 (**Lei que acrescenta o art. 147-A ao Código Penal**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14132.htm. Acesso em: março de 2022.

Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (**Lei Maria da Penha**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: março de 2022.

LEITE, Isabela; OLIVERIRA, Inderson de. **Estado de São Paulo registra 686 queixas de ‘stalking’ no primeiro mês após perseguição ter sido considerada crime**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/05/23/estado-de-sao-paulo-registra-686-queixas-de-stalking-no-primeiro-mes-apos-perseguido-ter-sido-considerado-crime.ghtml>. Acesso em: março de 2022.

MAZZOLA, Marcello Adriano. *I nuovi danni*. Padova: Dott: Antonio Milani, 2008.

MELOY, J. Reid. *The psychology of stalking: clinical and forensic perspectives*. San Diego: Academic Press, 2001.

MICOLI, Alessia. *II fenômeno dello stalking*. Milão: Giuffrè, 2012.

São Paulo registra cerca de 43 denúncias de “stalking” por dia. Disponível em: <https://www.sbtnews.com.br/noticia/sbt-brasil/201731-sao-paulo-registra-cerca-de-43-denuncias-de-stalking-por-dia#:~:text=Com%20o%20crescimento%20exponencial%20das,manuten%C3%A7%C3%A3o%20Esdras%20de%20Lima%20Barbosa>. Acesso em: março de 2022.

LEGALIZAÇÃO DO ABORTAMENTO NO BRASIL SOB O ENFOQUE DA DIGNIDADE HUMANA E DA SAÚDE PÚBLICA

Catrolí, Henrique Pinheiro; Freitas,¹

Tamires Braga²

INTRODUÇÃO

Trata-se o presente trabalho de uma análise acerca da questão da legalização do abortamento no Brasil sob o enfoque da dignidade humana e da saúde pública, foi trazido um histórico do tratamento dispensado pelas legislações pátrias tanto em relação à liberdade da mulher quanto ao aborto. Outrossim, ao longo do explanado irar validar que a discussão acerca da legalização do aborto deve ser feita na ótica da saúde pública, sem a influência de questões religiosas ou morais, resguardando à vida e à liberdade das mulheres.

Os resultados das principais pesquisas, confiáveis, sobre aborto no Brasil comprovam a tese de que a ilegalidade traz consequências negativas para a saúde das mulheres, contudo, pouco coíbe a prática e perpetua a desigualdade social, o risco imposto pela ilegalidade do aborto, que é majoritariamente vivido pelas mulheres pobres e pelas que não têm acesso aos recursos médicos para o aborto seguro.

O que há de sólido no debate brasileiro sobre aborto sustenta a tese de que o aborto é uma questão de saúde pública. Enfrentar com seriedade esse fenômeno significa entende como uma questão de cuidados à saúde e aos direitos humanos, e não como um ato de infração moral de mulheres levianas.

A análise jurídica do tema passou por análises de outras áreas do conhecimento, como a bioética, a biologia e a medicina. Frisa-se que este artigo aborda a questão da legalização do aborto no Brasil sob enfoque dos princípios da dignidade humana e do direito à vida.

1 Bacharel em direito pelo Centro Universitário FAMINAS - Muriaé

2 Bacharel em direito pelo Centro Universitário FAMINAS - Muriaé

1. ENTENDENDO O CONCEITO DE ABORTO E SUA ABORDAGEM COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

O aborto pode ser realizado de diversas formas. NUCCI (2014, p. 1.081/1.082) elencou-as da seguinte maneira: a) aborto natural: é a interrupção da gravidez oriunda de causas patológicas, que ocorre de maneira espontânea (não há crime); b) aborto acidental: é a cessação da gravidez por conta de causas exteriores e traumáticas, como quedas e choques (não há crime); c) aborto criminoso: é a interrupção forçada e voluntária da gravidez, provocando a morte do feto; d) aborto permitido ou legal: é a cessação da gestação, com a morte do feto, admitida por lei. Esta forma divide-se em: d.1) aborto terapêutico ou necessário: é a interrupção da gravidez realizada por recomendação médica, a fim de salvar a vida da gestante. Trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade; d.2) aborto sentimental ou humanitário: é a autorização legal para interromper a gravidez quando a mulher foi vítima de estupro. Dentro da proteção à dignidade da pessoa humana em confronto com o direito à vida (nesse caso, do feto), optou o legislador por proteger a dignidade da mãe, que, vítima de um crime hediondo, não quer manter o produto da concepção em seu ventre, o que lhe poderá trazer sérios entraves de ordem psicológica e na sua qualidade de vida futura; e) aborto eugênico: é a interrupção da gravidez, causando a morte do feto, para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos; f) aborto econômico-social: é a cessação da gestação, causando a morte do feto, por razões econômicas ou sociais, quando a mãe não tem condições de cuidar do seu filho, seja porque não recebe assistência do Estado, seja porque possui família numerosa, ou até por política estatal. No Brasil, é crime.

O Direito, no entanto, trata o termo aborto como sinônimo de abortamento, referindo-se ao procedimento. Vejamos. NUCCI (2014, p. 1.081) descreve aborto como “a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião”. MARQUES (1999, p. 183) traz o conceito de que o

aborto “é a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção”. Ou seja, para o direito penal, não há a análise do comprimento ou do peso do produto da concepção para se avaliar o início da proteção jurídica do delito de aborto, o critério é a nidação (GRECO, 2013, p. 231).

Não se trata o Direito de ciência autossuficiente. Ele deve ser analisado e interpretado de acordo e em constante comunicação com os demais ramos do conhecimento. Assim, ao tratar de questões relativas ao meio ambiente, por exemplo, deve se atentar a questões da Biologia; ao tratar de questões relativas a direito urbano, real ou de vizinhança, deve se comunicar com a engenharia civil. Assim deve ser, também, ao tratar de questões relativas à saúde, como a questão do abortamento, devendo haver comunicação com a medicina, psicologia, biologia e demais áreas correlatas.

O termo saúde pública pode ser definido como uma ação coletiva do Estado e da Sociedade Civil para proteger e melhorar a saúde dos indivíduos e das comunidades. É uma noção que ultrapassa as intervenções de base populacional ou comunitárias e que inclui a responsabilidade de garantir o acesso a cuidados de saúde de qualidade. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, p. 03.)

Há dois indicadores básicos para que uma questão seja classificada como de saúde pública: acontecimento em uma quantidade significativa e causa de impacto real para a saúde da população. Assim, seguindo-se os parâmetros expostos, o abortamento no Brasil relacionados à mortalidade materna mais do que comprovam tratar-se o problema de questão de saúde pública: nos anos 1990, o aborto induzido se manteve “entre a terceira e a quarta causas de mortalidade materna em várias capitais brasileiras”, e “a estimativa oficial da razão de morte materna é de 76/100.000”. Nas cidades de Salvador e Recife, o abortamento “ocupou o primeiro e o segundo lugares no grupo de causas isoladas de morte materna em meados dos anos de 1990” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009, p.31). O Conselho Federal de Medicina afirma que o abortamento é uma causa relevante de mortalidade materna, mas em 92% dos casos, as mortes poderiam ter sido evitadas.

Tem-se, também, que “as complicações causadas por este tipo de procedimento realizado de forma insegura representam a terceira causa de ocupação dos leitos obstétricos no Brasil” e, apenas em 2001, aconteceram no SUS (Sistema Único de Saúde), 243 mil internações por curetagens depois de um aborto.

É importante ressaltar que na questão do abortamento, na maioria das vezes as discussões e os dados vêm como estimativas, uma vez que a criminalização do procedimento coloca a realidade às escuras, não havendo como se conseguir dados exatos. Assim, conforme o Ministério da Saúde, estima-se que apenas em 2005, 1.054.242 abortamentos foram induzidos. Ainda, nos termos de um levantamento feito pela Pesquisa Nacional do Aborto em 2010 por meio de entrevistas, 15% das mulheres já realizaram no mínimo um abortamento, e, dentre elas, 48% utilizaram-se de medicamento para a indução do aborto, bem como 55% restou internada devido ao procedimento. Deve-se ter em conta, no entanto, que a referida pesquisa excluiu mulheres da área rural, mulheres analfabetas e os dados referentes a mulheres que realizaram mais de um aborto. No entanto, o número real de abortos induzidos é maior do que o contabilizado na pesquisa. Informações oferecidas no Portal do Conselho Federal de Medicina.

É de clara conclusão que a questão do abortamento e do abortamento inseguro é um tema de interesse social, coletivo, o qual não pode ser tratado como uma questão de foro íntimo, moral ou religiosa, mas como uma questão de saúde pública, com uma análise científica, laica e racional. O que há de solido no debate brasileiro sobre aborto sustenta a tese de que “o aborto é uma questão de saúde pública”. Enfrentar com seriedade esse fenômeno significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e direitos humanos, e não como um ato de infração moral de mulheres levianas. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009, p. 13/14).

2. ANÁLISE HISTÓRICA

Sempre presente e atual, a discussão acerca da descriminalização ou legalização do abortamento no Brasil resvala em diversos pontos: saúde pública, dignidade humana, direito à de vida, início da vida, racismo, machismo etc.

Um breve apanhado histórico, percebe-se que o tratamento dispensado à mulher pelos diversos âmbitos do direito foi evoluindo, a exemplo, no âmbito do direito eleitoral, mulheres não podiam votar, somente a partir do dia 24 de fevereiro de 1932 que o código eleitoral começou a assegurar a votação feminina (Tribunal Superior Eleitoral). Até 1962 as mulheres não eram consideradas capazes de exercer os atos da vida civil, sendo submissas a seu pai e, posteriormente, a seu marido (Miranda, Maria Bernadete). Até o advento do Código Penal de 1.940, estava positivado o crime de adultério, em que era sujeito ativo apenas a mulher, havendo a possibilidade de punição do homem somente se mantivesse concubina. Entretanto, as legislações foram evoluindo a ponto de se chegar a um local de busca de maior proteção à mulher. Em 2006 foi editada a Lei no 11.340, chamada de Lei Maria da Penha, em 2015 houve alteração da legislação criminal, incluindo-se o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio, tratando-se, portanto, de crime hediondo.

Desde a época do império o aborto é criminalizado, sendo, de acordo com o passar dos anos e a advinda de novos códigos penais, criadas novas causas excludentes de ilicitude. No entanto, embora haja forte pressão popular, estudos científicos, recomendações da área da saúde e precedentes de diversos outros países, não se tem hoje no Brasil a possibilidade de aborto legal com fundamento simplesmente na vontade da gestante. Muito pelo contrário, o ato é considerado um crime contra a vida, sendo, conseqüentemente, de julgamento de competência do Tribunal do Júri. As hipóteses hoje existentes de aborto legal são a inexistência de outro meio para se salvar a vida da gestante e o caso da gravidez resultante de estupro, chamado de aborto humanístico; e também, a possibilidade do chamada aborto

necessário, que consisti na antecipação terapêutica do parto, em caso de feto anencefálico, conforme o artigo 128, inciso I e II do código penal, atualmente o código penal prevê apenas esse dois casos de aborto legal.

Ademais, os debates sobre a legalização do aborto sempre acabam por focar no direito à (expectativa) de vida humana do embrião/feto, relegando-se a dignidade e a autonomia da mulher a segundo plano. Isso é de grande prejuízo à evolução do debate, uma vez que quase sempre são trazidos os mesmos argumentos, colocando-se o direito à vida como absoluto. O que se sabe não é verdade na legislação pátria, uma vez que existe previsão constitucional de possibilidade da pena de morte. Percebe-se, ainda, a falha nessa argumentação uma vez que existe a previsão de abortamento legal em caso de gravidez resultante de estupro. Mais um exemplo de relativização do direito à vida, desta vez, dentro da própria proteção à (expectativa) de vida humana.

3. A INTERFERÊNCIA RELIGIOSA NO DIREITO.

O Brasil é um Estado laico, ou seja, garante a liberdade religiosa sem professar ou, em tese, privilegiar nenhuma fé, por esse motivo, não pode haver interferência religiosa na decisão de questões jurídicas, como é a discussão acerca da legalização do aborto. Os integrantes de órgãos, departamentos, entre outros, públicos, podem ter sua fé e praticar sua religião, no entanto, não podem tomar decisões relativas ao meio jurídico com fundamento nela. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos VI e VIII, assegura não só a inviolabilidade da liberdade de crença e de consciência, mas, também, a não privação de direitos por motivos religiosos, filosóficos ou políticos, ou seja, além da liberdade de alguém ter suas crenças e não sofrer discriminação por elas, há a proteção do indivíduo e de toda a sociedade contra a imposição de dogmas por eles não adotados. Contudo, alguns dos maiores empecilhos para a legalização do abortamento são a grande influência religiosa no direito e em toda a política, bem como a

realização da discussão com foco exclusivamente no embrião/feto, deixando-se a mulher em segundo plano.

Embora se trate o Brasil de um Estado laico, a interferência religiosa ainda é muito forte e presente, deixando-se trazerem-se inovações no campo jurídico em decorrência das fortes pressões de organizações religiosas, deixando o processo da legalização do aborto vem sendo adiado e deveras dificultado. Inclusive são encontrados obstáculos para a facilitação e o melhoramento do procedimento nos casos em que já não se trata de aborto ilegal.

4. DIGNIDADE HUMANA, DIREITO À VIDA E A QUESTÃO DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTAMENTO NO BRASIL

Existem breves considerações acerca das terminologias fundamentos e princípios no artigo 1º da Constituição Federal, elencando em seus cinco incisos os fundamentos da República Federativa do Brasil, os quais são, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Notadamente, os princípios constitucionais são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico, no decorrer da sua trajetória, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. O constitucionalismo democrático fundamenta e objetiva a dignidade humana, sendo ela um valor fundamental e um princípio jurídico-constitucional (BARROSO, 2015, p. 285). Portanto, a dignidade é um princípio jurídico de status constitucional, funciona tanto como justificação moral, quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Outrossim, a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre

sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

Já a autonomia se constitui no componente ético da dignidade, relacionando-se à razão e à realização da vontade de acordo com as normas legais, envolvendo a disposição de autodeterminação. “Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas” (BARROSO, 2015, p. 287).

Por fim, o valor comunitário da dignidade humana é seu elemento social, relacionando a pessoa ao coletivo, baseando-se nos padrões e valores da comunidade, permanecendo no plano social, não individual da dignidade. Analisam-se as ações e atitudes de sujeito pelo modo como atingirão o todo, não apenas a si mesmos. Assim, devem existir restrições à autonomia, e tais restrições destinam-se a promover a proteção dos direitos de terceiros, a proteção do indivíduo contra si próprio e a proteção de valores sociais. (BARROSO, 2015, ps. 288/289).

Percebe-se, nesse íterim, que o é extremamente vasto o conteúdo acerca da dignidade humana. No entanto, pode-se entendê-la como um princípio constitucional eivado de conceitos e conteúdo, voltados à proteção não só do indivíduo, mas deste para com a sociedade e da sociedade para com ele.

5. A QUESTÃO DO ABORTO NO BRASIL, LEGALIZAÇÃO É UMA SOLUÇÃO?

Na discussão acerca da legalização do aborto, um dos pontos mais abordados é a questão do início da vida (humana) do feto, deixando-se a mulher gestante e sua dignidade em segundo plano. Pode-se dizer que existe conflito entre os princípios da dignidade humana (da mulher) e do direito à (expectativa) de vida (humana) do produto da concepção. Assim, para a resolução do empasse, necessária se faz a análise e interpretação de tais princípios e com suas consequências.

O atual posicionamento do direito criminal é que a vida humana inicia na nidação, conforme já explanado anteriormente. No entanto,

tal posicionamento não é o único existente, além de não ser condizente com o ordenamento jurídico em si.

A primeira distinção a ser feita é acerca da diferença da existência de vida e da existência de uma pessoa, de vida humana. Argumentos pró legalização defendem que o embrião/feto possui vida sim, no entanto, possui apenas expectativa de vida humana. Qualquer célula do corpo possui vida, os órgãos possuem vida, o espermatozoide e o óvulo (ainda que não fecundado) possuem vida e assim por diante. No entanto, essa vida se trata de expectativa de vida humana, o que não significa que se trate de uma pessoa, é uma vida humana, em potencial.

Enquanto isso, a gestante se trata de uma vida, de uma pessoa real, de fato, não de uma mera expectativa de vida. Por isso, o tratamento jurídico dispensado a ambos deveria ser diferente de como é hoje e diferenciado entre ambos, não podendo a expectativa de vida humana receber a mesma proteção que a vida humana de fato, quiçá receber proteção em desfavor dela.

Com o desdobramento da ilegalidade do abortamento, tem-se os alarmantes números de mortalidade materna em decorrência do aborto clandestino já explanados. Números esses que poderiam ser drasticamente diminuídos caso o procedimento fosse feito de forma legal, acompanhado por profissionais da saúde qualificados.

Percebe-se, assim, a criminalização do fato não impede que ele ocorra, apenas relegam as mulheres que o praticam à clandestinidade, sujeitando aos riscos que a ilegalidade e a obscuridade trazem.

A questão envolvendo o aborto é uma das mais complexas e difíceis para o universo do Direito, pois envolve, para início de abordagem, a discussão em torno do começo da vida humana. Não há cientista apto a afirmar, com apoio unânime, se a vida principia a partir da simples concepção (união do espermatozoide ao óvulo); se esse início se dá com a nidação (fixação do óvulo na parede do útero materno); se o princípio da vida tutelada pelo direito ocorre quando o feto já apresenta características humanas e, nesse caso, debate-se

em qual mês de gestação deve-se protegê-lo, mesmo a contragosto da gestante. (NUCCI, 2016, p. 85).

Podem-se citar, no entanto, quatro correntes principais que tentam identificar o início da vida (humana).

A genética defende a tese de que a vida de qualquer ser, inclusive o humano, tem início com a fecundação, pois a união dos gametas gera um código genético, constituindo, portanto, um novo ser em potência. A visão embriológica defende que a vida se inicia na terceira semana após a concepção, quando o embrião está formado. A visão neurológica afirma que a vida se inicia quando o sistema nervoso está, de forma primitiva, constituído, pois é o seu funcionamento que doa a possibilidade da vida. A ecológica, por sua vez, afirma que a vida se inicia quando o feto deixa o útero e interage com o mundo (ALMEIDA; RUTHES, 2010, p. 118).

Ainda, conforme já explicado, a legislação penal brasileira adotou o momento da nidação como o termo inicial da vida humana. No entanto, esse posicionamento, além de não ser único para as demais áreas do conhecimento, também não é unânime entre as legislações pelo mundo:

Não se pode dizer que a Constituição Federal adotou o momento da nidação como o início da vida humana, uma vez que não há disposição expressa nesse sentido. Tal posicionamento foi adotado no âmbito criminal. No entanto, mesmo sendo o entendimento atual, não se trata de cláusula pétrea impassível de alteração, muito pelo contrário, o tema é extremamente controverso e discutido, sendo que até o Conselho Federal de Medicina, por meio de seu presidente, em 2013, manifestou-se pela inclusão da causa excludente de ilicitude referente à vontade da gestante até a 12ª semana gravidez: o limite de 12 semanas para que possa haver a interrupção de gravidez se deve ao fato de que, segundo a experiência médica, a partir desse tempo há um risco maior para a mãe. “O outro fator é que a partir de então o sistema nervoso central já estará formado”.

Ocorre que a adoção da proteção da vida desde a nidação não está em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez

que ele adota como fim da vida humana o conceito de morte cerebral. Conforme já explanado, o artigo 3º da Lei no 9.434/97, a lei que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina que: a retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. Assim, a fim de se manter condizente o ordenamento jurídico, se o momento considerado como o da morte da pessoa é a morte cerebral, dever-se-ia considerar, no mínimo, o momento da formação do sistema nervoso central como aquele do início da vida humana.

No entanto, a discussão acerca da legalização do abortamento não deve ser feita apenas no âmbito do início da vida humana, mas, precisamente, no âmbito da dignidade humana da mulher. Conforme já explanado, a dignidade abrange, entre outros elementos, a autonomia, inclusive a autonomia de autodeterminar-se. Deste modo, ao se retirar da mulher o direito de decidir sobre o prosseguimento ou interrupção voluntária de uma gestação, acaba-se por praticar ato de imensurável desrespeito à sua dignidade.

Percebe-se claramente que o fundamento da proteção da vida humana não é a única razão para a criminalização do abortamento ao se analisar o caso da possibilidade de aborto legal em caso de gravidez resultante de estupro. A nidação já ocorreu, portanto, segundo o entendimento em vigor atualmente, a vida humana passível de proteção já existe. No entanto, a mulher tem o direito a escolher levar ou não a gestação adiante como meio de respeitar a sua dignidade. Ressalte-se que se chama o abortamento realizado nesses casos de “aborto humanitário”, dessa forma o direito à vida é novamente relativizado, desta vez, no caso específico do direito. Todavia, por que a mulher que sofreu um estupro tem seu direito à autodeterminação respeitado e a que não foi não recebe o mesmo tratamento? Ora, por

que em caso de gravidez resultante de relação sexual consentida, não possui a mulher o direito de decidir se manterá ou não a gestação? O que difere uma situação da outra?

A diferença reside no fato de que a mulher optou por ter a relação sexual que resultou em gravidez, esse fato seria suficiente para não se respeitar sua autonomia? A situação de ter ela optado pela prática do ato sexual retira sua dignidade, não havendo motivo para se respeitar sua autodeterminação?

Deste modo, diante da percepção de tantos elementos estranhos à real intensão de proteção à vida intrauterina, além das considerações realizadas acerca do direito à vida e da dignidade humana, depreende-se que a manutenção da criminalização do abortamento não se sustenta. A dignidade humana, abrangendo a autonomia, deve-se sobrepôr ao direito à (expectativa) de vida do embrião/feto, não o contrário, sob pena de severa dissonância e injustiça frente à ordem constitucional.

O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada”.

5.1 ALTERNATIVAS PARA A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTAMENTO

Ao se buscar a legalização do abortamento, não se defende a realização de abortos de forma indiscriminada. Defende-se o direito da mulher que opta pela realização do procedimento, de o fazer de forma segura, sem qualquer risco além daqueles comuns ao procedimento, como em qualquer procedimento médico. Busca-se o respeito a um dos direitos mais básicos do ser humano: a autonomia.

Entende-se que o aborto é problema de saúde pública, no entanto, não é uma questão que deve ser resolvida no âmbito criminal. Sabe-se que o direito penal é regido pelo princípio da humanidade e o da última ratio, entre outros, ou seja, quando nenhum dos outros ramos do direito tenha sido capaz de solucionar o problema, de forma humana, em respeito à dignidade das pessoas

Acerca do princípio da humanidade, Nucci (2016, p. 72) afirma que (o princípio da humanidade) significa que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Quanto ao princípio da última ratio ou intervenção mínima, o autor segue ensinando que: (o princípio da última ratio ou intervenção mínima) significa que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (prima ratio) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. A questão do abortamento pode ser tratada por outros meios que não o criminal. A principal forma de se evitar abortamentos não é criminalizando, mas trabalhando-se com informação e prevenção.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, assim, ante ao exposto que o tratamento dispensado à mulher durante a evolução do direito pátrio sofreu grandes mudanças, no entanto, ainda há muito o que se evoluir a fim de se respeitarem alguns dos mais básicos direitos das mulheres. Ainda assim, ainda é negado às mulheres o respeito a seu direito mais básico: a dignidade humana, ao se retirar o direito de autodeterminação, ao se negar a autonomia para que as mulheres tenham completo domínio sobre seu corpo, sobre seu planejamento familiar, sobre a decisão de ser ou não mãe (seja naquele momento, não seja nunca), desrespeita-se de forma violenta e desumana sua dignidade.

A discussão acerca da legalização do abortamento no Brasil ainda está eivada de influências subjetivas, oriundas de moralismos e conceitos e crenças religiosas, até então se baseia fundamentalmente na questão do início da (expectativa) de vida (humana) do embrião/feto, deixando a mulher, ser humana já nascido, existente, com vida – e não potencial de vida em segundo plano.

O abortamento induzido fora das situações legalmente permitidas ocorre, com uma frequência enorme, mesmo em se tratando de crime, milhares de mulheres morrem anualmente em decorrência do aborto inseguro, realizado na clandestinidade. Nesse diapasão, já passou da hora de se mudar o foco do debate, o qual deve ser a mulher, o respeito à sua autonomia e direito de autodeterminação, o seu próprio direito à vida.

As discussões e análises sobre a descriminalização e a legalização do aborto devem ser feitas não sob uma ótica religiosa, mas sob uma ótica científica, no campo da saúde pública. Tem-se, nesse diapasão, que a dignidade da mulher deve prevalecer, é, inclusive, posicionamento adotado quando se trata das excludentes de ilicitude do aborto necessário e do aborto humanístico (ou sentimental).

Ademais, a própria possibilidade de abortamento legal em caso de gravidez resultante de estupro demonstra que o intuito da criminalização não é apenas a alegada proteção da vida, mas é uma manifestação clara de culpabilização e punibilização da mulher, no caso de se ela optou pela prática do sexo, sua dignidade deve ser colocada em segundo plano; se ela não ter optado pelo ato sexual (gravidez resultante de estupro) sua dignidade deve ser respeitada e prevalecer. Dessa forma, percebe-se que a legislação em vigor se encontra retrógrada e dissonante da proteção à dignidade da mulher ao colocar a (expectativa) de vida (humana) em posição superior à autonomia e autodeterminação feminina.

Acerca da questão do início da vida humana, não existe unanimidade sobre o assunto. No entanto, a solução mais coerente no ordenamento jurídico brasileiro é a adoção do critério da formação do sistema nervoso central, pelo menos, ou seja, a 12^o semana de gestação

(terceiro mês). Isso porque a legislação pátria considera o final da vida humana quando da morte cerebral para fins de doação de órgãos.

O Direito Penal é regido pelo Princípio da Intervenção Mínima, também chamado *Ultima Ratio*, o que significa que apenas deve intervir quando os demais ramos do Direito não forem capazes de solucionar um problema, dessarte a questão do aborto pode – e deve – ser abordada por outros ramos jurídicos, não pelo criminal.

A forma realmente efetiva para se resolver o problema das gravidezes indesejadas e do abortamento é a educação e informação, não a criminalização. Deste modo, devem ser realizadas de forma extensiva palestras, cursos, aulas e todo meio de divulgação de informação sobre prevenção a fim de se evitarem as gestações não programadas. E, em caso de sua ocorrência, que a mulher que opte pelo aborto o possa realizar de uma forma segura, acompanhada por profissionais da saúde, não de forma clandestina, sem um mínimo de segurança.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o princípio e fundamento da dignidade da mulher deve prevalecer em relação à (expectativa) de vida (humana) do produto da concepção. Assim, a imposição da legalização do abortamento, a fim de se extinguir mais uma forma de discriminação, violência e desrespeito para com as mulheres brasileiras.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. M. de; RUTHES, V. R. M. **A Polêmica do Início da Vida: uma questão de perspectiva de interpretação.** Competência: Revista Pistis Praxis, v.2, n.1, 2010, p. 113-124.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei no 11.106, de 28 de março de 2005.** Brasília: DF, 2005. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm >. Acesso em 03.fev.2022.

BRASIL. **Lei no 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Brasília: DF, 2009. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm >. Acesso em 03.março.2022.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Portaria no 437, de 28 de maio de 2014.** Disponível em < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2014/prt0437_28_05_2014.html >. Acesso em 17.fev.2022.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde.** Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Manual dos Comitês de Mortalidade Materna, Brasília, DF, 2007. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/comites_mortalidade_materna_3ed.pdf >. Acesso em 17.fev.2022.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos,** Brasília: Ministério da Saúde, 2009, 428 p.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **CFM esclarece posição a favor da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação,**

Brasília, DF, 2013. < http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3 >. Acesso em 17.fev.2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Conselhos de Medicina se posicionam a favor da autonomia da mulher em caso de interrupção da gestação**, Brasília, DF, 2013. Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23661:conselhos-de-medicina-se-posicionam-a-favor-da-autonomia-da-mulher-em-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3 >. Acesso em Acesso em .fev.2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 10ed. Niterói: Ímpetus, 2013.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Aspectos relevantes da igualdade de gênero e a isonomia** conquistada. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi2014/publicacoes/livro1/Maria%20Bernadete%20Miranda.pdf>. Acesso em 30.março.2022.

TRIBUNAL, Superior Eleitoral, **Dia da conquista do voto feminino no Brasil é comemorado nesta segunda**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Fevereiro/dia-da-conquista-do-voto-feminino-no-brasil-e-comemorado-nesta-segunda-24-1> Acesso em 30.março.2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada**. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos Versus Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual De Direito Penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Centers for Disease Control and Preveation**.

Iniciativa “A Saúde Pública nas Américas”. Mediação do Desempenho das Funções Essenciais da Saúde Pública. Guia para a Aplicação do Instrumento de Desempenho das Funções Essenciais de Saúde Pública. Disponível em < http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=736&Itemid=801 >. Acesso em 03.fev.2022

AS PERSPECTIVAS DO ESTUDO DO DIREITO A MORADIA NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

*THE PERSPECTIVES OF THE STUDY OF THE RIGHT TO HOUSING
IN THE FRAMEWORK OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW.*

Gabriela Souza da Silva¹

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar o direito fundamental a moradia no Estado Democrático de Direito. Preliminarmente, o presente estudo possui como objetivo analisar as perspectivas do instituto sob a ótica do direito urbanístico, abordando aspectos relacionados à sua função e eficiência no âmbito de desenvolvimento do direito econômico, tendo em vista que o referido instrumento se traduz em um importante mecanismo para a garantia do desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Neste viés, o que se busca com o presente trabalho é trazer a reflexão crítica as nuances sociais que ocorrem no âmbito da âmbito habitacional que impactam frontalmente na vida da sociedade como um todo. Para a consecução deste objetivo, o presente artigo inicialmente realizará um breve resumo histórico sobre a evolução do direito a moradia no Brasil, visando a contextualização como um instrumento de desenvolvimento do planejamento urbano municipal e gestão democrática das cidades. Posteriormente, será trabalhada a natureza jurídica do Direito à moradia, juntamente com as discussões doutrinárias a respeito das legislações

Por fim, será realizado um recorte no tema para analisar a forma como tal instrumento é desenvolvido em seu viés prático de modo com que se possa aferir os respectivos avanços ou retrocessos

¹ 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.

na organização do desenvolvimento dos mecanismos para a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito à Moradia. Brasil. Direitos Fundamentais. Direito Constitucional. Gestão Democrática das Cidades. Cidades Sustentáveis. Estatuto da Cidade.

ABSTRACT

This article aims to analyze the fundamental right to housing in the Democratic State of Law. Preliminarily, the present study aims to analyze the perspectives of the institute from the perspective of urban law, addressing aspects related to its function and efficiency in the scope of development of economic law, given that the aforementioned instrument translates into an important mechanism for guaranteeing the development of fundamental rights.

In this bias, what is sought with the present work is to bring a critical reflection on the social nuances that occur within the housing scope that directly impact the life of society as a whole. In order to achieve this objective, this article will initially carry out a brief historical summary on the evolution of the right to housing in Brazil, aiming at the contextualization as an instrument for the development of municipal urban planning and democratic management of cities. Subsequently, the legal nature of the Right to Housing will be worked out, along with doctrinal discussions about the laws

Finally, a cut will be made on the theme to analyze how such an instrument is developed in its practical bias so that the respective advances or setbacks in the organization of the development of mechanisms for the dignity of the human person can be assessed.

Keywords: Right to Housing. Brazil. Fundamental rights. Constitutional right. Democratic Management of Cities. Sustainable Cities. City Statute.

INTRODUÇÃO

A análise do desenvolvimento do direito fundamental a moradia no Brasil perpassa pela construção das bases que fundamentam a construção e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Preliminarmente, se perfaz fundamental para introdução ao tema apresentar um breve resumo histórico sobre o processo de desenvolvimento do planejamento urbano e social nas cidades como forma de delimitar os importantes períodos que ainda influenciam nos rumos do direito fundamental a moradia no Brasil. O processo de urbanização brasileiro ocorre de forma rápida e intensa por meados do século XX caracterizando um dos movimentos mais relevantes da história, fruto da transição de uma economia de base agrária para uma economia industrial o que ocasionou o numa evolução da população urbana de 44,7% em 1960 para 81,2% no ano de 2000.²

Insta ressaltar que o processo de habitação no Brasil se mostrou deficitário desde o início da colonização, quando o sistema de Capitânicas Hereditárias repartiu o território nacional de forma desigual, contribuindo para a hierarquia social e concentração de renda. (NOGUEIRA, 2010, pag.07). No entanto quando ocorreu o intenso processo de industrialização no País se percebe um afloramento dessas questões sociais, tendo em vista que uma grande parcela da população brasileira durante este período necessitou buscar alternativas precárias e informais de moradia, muitas vezes caracterizadas pela falta de acesso a serviços, assistência de infraestrutura e informalidade nas posse das terras entre outros (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2009, pag.36).

Em meados do século XIX a população rural brasileira passou a migrar para as zonas urbanas, o que determinou um intenso crescimento demográfico das cidades propiciando a formação de um mercado de trabalho urbano e a diversificação econômica no

² BRASIL, 2005. Estatuto da Cidade. Guia para implementação pelos municípios e cidadãos. 3ªed. Brasília – 2005. Câmara dos Deputados, 2005.

geral, propiciando a formação de um mercado de trabalho urbano juntamente com a diversificação econômica.³

O modo capitalista de produção que passava a ser estruturado na época se tornou a base da formação sócio econômica praticamente de todos os Estados, e passou a constituir um papel preponderante na compreensão deste processo de habitação da população brasileira, tendo em vista que a manutenção desse sistema social possuiu como base normas jurídicas provenientes da concentração de renda e de recursos da parcela de direitos de uma parte minoritária da população.

Diante deste contexto passou a ser desenvolvido na sociedade um modelo de urbanização excludente, que coloca de um lado uma minoria contemplada por padrões urbanísticos legais, instalada em parcela central do território e assistida de forma eficaz pelo poder público, e de outro lado uma parcela majoritária da população que se vê obrigada a buscar uma vida digna em regiões periféricas da cidade marcadas por processos de invasões, ilegalidade e carência de investimentos públicos. Ocorre durante este período uma espécie de periferização da população contribuindo para a criação de espaços totalmente desequilibrados no âmbito urbano e social, onde a instituição de um planejamento das cidades passa ser elemento primordial para o bem estar dos habitantes nos núcleos urbanos.

Conforme podemos perceber durante muitos anos houveram diversas iniciativas governamentais sob a forma de políticas públicas com o intuito do déficit habitacional. O processo de urbanização brasileiro se deu a partir de uma acomodação dos problemas representados pela habitação (FIX,2011). Segundo Nogueira, durante muitos anos as moradias foram resultados de ações da iniciativa privada e do autofinanciamento, estima-se que na cidade de São Paulo quase 90% da população era inquilina (BONDUKI ,1994, pag.713). Somente em 1930, no regime político de Getúlio Vargas que a habitação passou a ser entendida como também um interesse público. A lógica excludente e desigual do desenvolvimento do capitalismo no Brasil

3

se fez presente no âmbito da construção de planejamento público do território das cidades, conforme pode ser percebido na análise de déficit habitacional (IPEA,2013); na quantidade de favelas e cortiços por toda a paisagem urbana; na expulsão dos moradores de rua dos centros urbanos, nas reintegrações de posse das cidades; nos despejos dos cidadãos; na segregação territorial entre as camadas da sociedade , na retenção especulativa de imóveis, entre outros.

Posteriormente por meados do ano de 1936 tivemos a implementação de diversos mecanismos de políticas públicas que buscavam amenizar tais questões sociais que emergiam a época como por exemplo, criação da Fundação da Casa Popular em 1936, órgão federal responsável pelo financiamento da construção de habitações e que, ao mesmo tempo, apoiava indústria de materiais de construção e implementação de projetos de saneamento. (MOTTA,2011). Em 1964, a Fundação da Casa popular foi extinta e substituída pelo Sistema Financeiro de Habitação – Marco significativo da intervenção do Estado no setor habitacional (NOGUEIRA, 2010,pag07).

Entre em 1964 e 1965 também foram criadas as Companhias de Habitação Popular (COHAB) que eram empresas públicas ou de capital misto, cujo o principal escopo era atuar na criação e execução de políticas para reduzir o déficit habitacional por meio do financiamento de moradias para o mercado popular (MOTTA,2011).

Por meados dos anos de 1990 e 1991 a gestão de políticas públicas habitacionais passaram por uma reconstrução e tiveram um amplo controle social, tendo em vista que o Estado passou a deprender estímulos para a participação comunitária, por intermédio de conselhos e dos governos municipais (de poder local), levando-os ao centro do debate coletivo, além de garantir a tais cidadãos uma contrapartida financeira, capaz de lhes fornecendo o mínimo para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. Botega (2008, pag.12) afirma que pelos dados do IBGE de 1991, o numero de moradores de rua chegava há cerca de 60(sessenta)milhões de pessoas e cerca de 55,2% (cinquenta e cinco pontos percentuais e dois décimos) das famílias e se encontravam em déficit habitacional.

Durante tal período houve um grande período de mudanças políticas, conturbações políticas e institucional na gestão da estrutura urbana, habitacional e social.

Neste viés, o que se percebe de forma sintética ao longo dos anos foi uma necessária reestruturação das políticas públicas habitacionais onde o Estado busca de certa forma uma maior interação social com as necessidades da população, nesta perspectiva tivemos também a criação do BNH- Banco Nacional de Habitação, do Fundo de Garantia pro Tempo de Serviço, Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo – SBPE, houve a possibilidade de acelerar o setor da construção e ofertar o crédito imobiliário. Logo, o aumento da liquidez no mercado propiciou que imóvel não fosse tratado apenas por seu valor de uso, mas também como reserva de valor (FIX, 2011).

Durante o período de 1992 a 1994 foram criados dois programas voltados a questão da habitação, o “Habitar Brasil” e o “morar município”, que buscava financiar obras e ações nos municípios e capitais de estados ou integrantes de regiões metropolitanas e aglomerados urbanos voltados para a população de baixa renda com renda familiar de até 03(três) salários mínimos (MOTTA,2011); ocorre que, esse excesso de exigências legais restringiu em muito a captação de recursos postos a disposição dos municípios. Insta ressaltar que apesar dos resultados irrelevantes da época, os referidos programas instituídos foram de suma importância no sentido de reformular o pensamento nacional quanto à políticas de habitação.

Em 1986 o BNH foi extinto desarticulando o sistema de crédito e financiamento imobiliário, porém a dinâmica do setor imobiliário ainda se restringia às elites brasileiras, porquanto significativa parcela da população recorria a construções clandestinas em terrenos periféricos e favelas, criando urbanizações informais.

Entre 1994 e 2002, ocorreram reformas no setor habitacional se mostraram efetivas se destacando a atuação da Caixa Econômica Federal como operadora dos recursos do FGTS e agente financeiro do SFH. Criaram-se durante esse período novas linhas de financiamento baseadas em projetos dos governos estaduais e municipais, um dele

seria o PAR – Programa de Arrendamento Residencial que atuou na construção de novas unidades para arrendamento, utilizando recursos principalmente formados pelo FGTS e de origem fiscal (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2009, pag.42).

Em 2003, houve a criação do ministério das cidades voltado para as politica urbanas e as politicas setoriais de habitação, saneamento e transporte. O ministério das cidades passou a ser o órgão coordenador, gestor e formulador de politica nacional de desenvolvimento urbano, dentro dela da Política Nacional de Habitação. Subseqüentemente ocorreu a criação da lei federal nº11.124/2005 que criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social(FNHIS) com o objetivo de garantir o acesso a habitação digna aos cidadãos em geral, pela implementação de programas e politicas publicas. (Azevedo, 2012, pag.10). Posteriormente, houve também a implementação do programa “minha casa, minha vida” em 2009 cuja meta era de construir me media um milhão de casas para atender as famílias com renda entre 0 a 10 salários mínimos, pretendeu estimular também a criação de empregos e de investimento na construção civil. (MOTTA, 2011).

O Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) é a maior politica publica brasileira de enfrentamento das questões emergentes habitacionais, proporcionando uma produção massiva de moradias, inclusive para a população cuja renda varia de 0 a 3 (três) salários mínimos (SM). O Estado brasileiro financia a construção de determinadas unidades habitacionais por meio desse programa que foi criado com o intuito de apaziguar não somente a crise habitacional do país mas também toda uma crise macroeconômica em que o mundo vivia por meados de 2008. O programa tinha por objetivo gerar além de casas empregos e renda aos brasileiros por meio da mobilização do setor da construção civil e do mercado. Juntamente com tal programa houve também o Programa de Aceleração do Crescimento um dos motivos responsáveis pela queda do déficit habitacional urbano e teve como prioridade atender tanto as regiões metropolitanas, quanto aos aglomerados urbanos e cidades com mais de 150 mil habitantes.

Atualmente tivemos na gestão do governo Bolsonaro a alteração do programa “minha casa minha vida” e o alterou pra a denominada Casa Verde e Amarela, que aumentou a renda mensal exigida para os financiamentos e também passou cobrar juros de 81,6% ao não nas linhas de credito habitacional. Ou seja, percebe-se que houve uma redução nos benefícios habitacionais da população de baixa renda redução esta capaz de diminuir a capacidade destes cidadãos na construção de sua dignidade por intermédio da moradia.

O cenário urbano obteve a sua construção de forma a esconder a existência dos menos abastados, e ao mesmo tempo “destrancar o valor das terras bem localizadas” (PETERSON, *apud* ROLNIK, 2013, pag. 1064), indo de forma contraria a ideia de direito a moradia como direito humano essencial, que envolve a concretude do ato de morar a um custo acessível a um local adequado, com condições salubres, próximo aos centros que atendam as necessidades especificas, como determinado tipo de dimensão social como por exemplo a ideia de pertencer a uma comunidade com segurança de sua vida e de suas famílias.

Os desafios habitacionais são grandes frente a densidade demográfica brasileira crescente, conforme o Censo demográfico 2000 número de habitantes brasileiros contava com 65.629.892, 10 (dez) anos depois da publicação do Estatuto da Cidade, em 2010, o último Censo Demográfico, haviam 190 755 799 habitantes, e hoje 2021, há uma população estimada de 213.317.639 pessoas, com enormes desigualdades regionais e sociais, que chamam ao debate interdisciplinar de todos os setores da sociedade.⁴

O Estado Brasileiro por intermédio da constituição de 1988 adotou uma postura no sentido de criar condições e vantagens para atrair determinados tipos de investimentos privados, fiscais, parcerias publico-privadas além de obras e melhorias de embelezamento da cidade. Ocorre que, tal efeito fez com que ocorresse um denominado

4 IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico. Link: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/22827-censo-2020-censo4.html?=&t=o-que-e> . Acesso em 30.09.2021.

“efeito centrífugo” (Rolnik, 2013, pag.1063), em que os cidadãos se tornaram incapazes de competir com as grandes corporações multinacionais pelas melhores localizações, e passaram a ter ocupar áreas mais precárias de moradias, muitas vezes distante de seus trabalhos e ausentes de serviços públicos essenciais como saúde, saneamento, educação, etc.

DIREITO A MORADIA E SEUS DESDOBRAMENTOS LEGAIS

O Direito fundamental à moradia, de acordo José Afonso da Silva, corresponde a ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa; apartamento para nele habitar com animus de permanência, na condição de recôndito para abrigar a família. (SILVA, 2006, PAG.314). O contorno do direito à moradia começa inicialmente a ser delineado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Nações Unidas, 1948), que prezando pela afirmação do ser humano como sujeito de direitos considera o direito à moradia em seu artigo 25, como um dos elementos essenciais para o desenvolvimento da saúde e bem estar ao individuo e suas família.

Art.25. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o sistema internacional passou a proteger o direito a moradia em vários tratados e convenções internacionais, o quais ratificaram tal conteúdo na Carta de 1948, vejamos:

O direito à moradia é reconhecido como um direito humano nas seguintes declarações e tratados internacionais de Direitos Humanos: Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, art. 11 (1); Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, art. 5 (e) (iii); na Declaração sobre Raça e Preconceito Racial de 1978, art. 9 (2); na Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, art.14 (2) (h); Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, art. 27 (3); Convenção dos Trabalhadores Migrantes de 1990, art. 43; e Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989, arts. 13 a 1913.

Insta ressaltar, contudo que a nomenclatura de “direito á moradia” trazida por tais normas é oficialmente traduzido como “direito à habitação”, a despeito da Recomendação nº4 (Nações Unidas, 1991), do Comitê Geral da ONU acerca do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

§7º. Na visão do Comitê, o direito à moradia não deveria ser interpretado em sentido restritivo que o equiparasse com, por exemplo, o abrigo obtido por ter apenas um telhado [sobre] a cabeça ou a visões que o equiparam a mercadoria. Ao contrário, deve ser visto como o direito de viver em algum lugar em segurança, paz e dignidade.

Com o fim de preservação de tal direito habitacional o constituinte originário incluiu o direito a moradia no rol de direitos fundamentais do Art. 5º da Constituição Federal. Ademais, dispôs em seus artigos 183 e 184 da CF os institutos de usucapião urbana e rural; a previsão de salário mínimo suficiente para garantir padrão de vida digno, incluindo neste a habitação(art.7º,IV); conferiu a competência

comum aos entes políticos federativos para a construção de moradias e melhores condições de saneamento a habitação para a população em seu artigo 23, inciso IX.

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

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;

XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; [...].

Por fim, posteriormente com a emenda constitucional nº26 de 2.000, o art.6º a Constituição Federal passou a configurar o termo “moradia” o rol dos direitos sociais, considerados como segunda dimensão dos direitos fundamentais que são aqueles que exigem do Estado uma prestação e política pública voltada a sua execução.

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

O DIREITO A MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

A Constituição Federal de 1988 é clara ao determinar os desígnios do Estado Brasileiro não comportando qualquer tipo de discriminação e considerando que dentre os objetivos previstos está o de promover o bem estar social de todos (Constituição Federal, Art. 3º, IV). Conforme se pode depreender pela leitura dos artigos alhures, o direito á moradia vem de um contexto complexo e rico em atribuições que vai além do direito de ter uma casa propriamente dita.

Nesta perspectiva, o direito a moradia é um direito fundamental para a construção da dignidade da pessoa humana e não se limita apenas ao conceito de propriedade, tendo em vista que é amplo e tão importante quanto os direitos a vida e a saúde, pois se complementam e repercutem diretamente na esfera moral e material dos atores sociais envolvido. A dignidade da pessoa humana é um valor próprio da essência do ser humano e deve ser fundamento para qualquer reflexão que o envolve.

Ou seja, apesar do direito a casa, ao lar ser um dos componentes indispensáveis para a efetivação do direito a moradia, a sua concepção e desenvolvimento envolve outros requisitos tão importante quanto este como, por exemplo, a qualidade de vida dos indivíduos que irão morar no local. Em suma, o termo habitação engloba o desenvolvimento de um lar onde os indivíduos consigam viver de forma digna e adequada. Neste viés, sua conceituação se perfaz complexa tendo em vista a as diversas evoluções que tal direito obteve nos últimos anos . (TORRES, 2009, P.13).

O direito de ter uma moradia digna, possui o mesmo grau de importância dos direitos a vida e a saúde, pois estes se completam e se refletem diretamente na constituição dos indivíduos que moram

naquele local – indiscutivelmente não se pode conceber a dignidade para um cidadão se este estiver vagando nas ruas sem moradia digna.⁵ Do ponto de vista moral, o direito à moradia não pode deixar de estar incluindo no rol de direitos fundamentais mínimos, tendo em vista que sem a concretização deste direito, o homem não pode constituir sua dignidade.

O respeito ao indivíduo constitui a sustentação de nossa recente democracia, sendo o conceito de igualdade elemento essencial para a promoção do desenvolvimento no Brasil. Entender a moradia como um direito público essencial permite que criemos cidades de acordo com nossos propósitos e necessidades. A adequação da moradia, incluindo localização, segurança, custo acessível e os respeito pelos vínculos comunitários que os seres humanos formam entre si são aspectos essenciais para o desenvolvimento das políticas habitacionais.⁶

RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA GARANTIA DO DIREITO A MORADIA.

Na qualidade de princípio fundamental dos estados sociais, a dignidade da pessoa humana é a inspiração do fenômeno jurídico chamado de repersonalização do Direito Civil – “as coisas têm preço; as pessoas têm dignidade”.⁷ Logo, o papel do Estado na consecução desses direitos se condiz fundamental, tendo em vista que cabe a ele garantir para a população o mínimo essencial para o seu desenvolvimento. Neste viés, tal fato quando transportado para a realidade do direito habitacional, não quer dizer que será obrigação do Estado fornecer uma casa para cada um de seus cidadãos, mas sim lhes proporcionar mecanismos que facilitem a sua autonomia para o acesso dessas pessoas na concretização desse direito.

5 CF. GAZOLA, 2008. Pag.50

6 MARTINS, Ester Gouvea. MASTRODI. Josué. Direito à Moradia: Entre a Efetivação Autônoma e Sujeição ao Direito de Propriedade. Revista Direitos Fundamentais Democráticos. Vol.23. pag.75-103, maio/ago.2018.

7 KANT, 2004, apud, BARROSO, 2009, p.250.

Vejamos:

“(....) proporcionar dignidade ao cidadão não é lhe conceder tudo o que necessita de forma gratuita, mas promover meios que viabilizem sua autonomia, oferecendo-lhe a oportunidade de emprego, associada a uma educação de qualidade”⁸

Ou seja, existe a necessidade de potencialidade de promoção diante das políticas públicas referente ao direito à moradia pra os cidadãos brasileiros, conjecturar programas e planos de ação que criem mecanismos de inclusão do direito a moradia pra os indivíduos.⁹ Nesse mesmo sentido Gazola (2008) afirma o seguinte:

[...] se a realidade atual não esta de conformidade com o projeto constitucional, tem-se claro o dever do administrador público e dos demais poderes: o dever de transformar esta realidade de forma que nosso país se converta no país projetado em 1988. Com direito à moradia historicamente tem sido relegado ao esquecimento, há muito a ser feito.”¹⁰

Indiscutivelmente o Poder Público no Brasil não dispensa a devida atenção para a efetividade do direito a moradia, reflexo disso é o déficit habitacional que a maioria da população possui levando em consideração o total de famílias que sobrevivem em condições inadequadas.

O déficit habitacional no Brasil é absurdo e precisam-se criar programas que atendam a esta demanda de

8 RANGEL, Helano Marcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira. O Direito Fundamental à Moradia como Mínimo Existencial, e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade. Veredas do Direito, Belo Horizonte. V.06, pag. 57-78. Julho-Dezembro de 2009.

9 CF, PAGANI, 2009. Pag.131;

10 GAZOLA, 2008. Pag.60.

forma racionalizada e com uma perspectiva social. Não obstante, a política oficial de construção de moradias esta em crise, precisando serem revistas as praticas e as formas de financiamento até agora utilizadas. O saneamento básico implica na ação governamental, visando tornar habitável e respirável o ar de determinadas regiões ou cidades, através da captação e do tratamento de dejetos domiciliares e industriais.¹¹

Historicamente se constatam que os grupos marginalizados das sociedades, sofrem mais com a falta de habitação adequada do que os demais grupos sociais. Tal quadro encontra-se relacionado a diversos fatores já citados anteriormente como por exemplo o crescimento desenfreado das grandes cidades brasileiras que ocasionam dentre outras questões sociais a segregação dos mais pobres.

Se analisarmos as estatísticas dos últimos anos, iremos perceber que o aumento desenfreado da população, os riscos ambientais e seus reflexos na saúde pública ficaram mais evidentes, principalmente no que diz respeito às comunidades menos abastadas, o que nos leva a reflexão sobre o conceito político filosófico trabalhado pela espanhola Adela Cortina de “aporofobia”.

Aporofobia, possui o seguinte conceito: “Repúdio, aversão ou desprezo pelos pobres ou desfavorecidos; hostilidade para com pessoas em situação de pobreza ou miséria. [Do grego *á-poros*, ‘pobre, desamparado, sem recursos’ + -fobia.]”⁸. De acordo com a filósofa a aporofobia está na raiz de todas as espécies de fobias sociais, a rejeição ao pobre, aquele que não colabora com o jogo político-econômico da sociedade senão para demandar e exigir do estado uma determinada atenção, sem possibilidade de retorno financeiro.⁹ Tal conceito exterioriza como existem dificuldades institucionais para que certa parcela da população possua acesso a bens e serviços públicos eficazes.

11 COSTA; ALVES, 2005. Pag.91

No entanto, antes de se questionar como se desenvolve o fenômeno aporofóbico no Brasil, primeiramente é necessário entender a realidade social em que estamos vivendo, ou seja, esta parcela populacional é invisibilizada pela sociedade. Segundo dados do CCEB (Critério de Classificação Econômica Brasil) de 2019 28,3% das famílias no Brasil sobrevivem com uma renda per capita de até R\$719,81¹⁰ e de acordo com o levantamento realizado pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) até o ano de 2019 o Brasil se encontrava na sétima colocação do ranking mundial de desigualdade social perdendo apenas para seis países africanos.¹¹ Tal quadro social realizado nestas pesquisas demonstram o quanto à realidade desta parcela da população brasileira é frágil e segue um padrão absurdamente baixo onde muitas pessoas não possuem capacidade de obter serviços públicos essenciais para a sua subsistência.

De acordo com a filósofa Adela Cortina, a aporofobia é um dos principais obstáculos para a implementação da democracia nos países¹² tendo em vista as dificuldades institucionais existentes para a implementação de políticas públicas eficazes para a população mais pobre. Atualmente, vivemos uma realidade explícita de descaso habitacional da população mais pobre, com renda mais baixa, somam-se a esse deficit habitacional a falta de investimento em determinados locais para a construção da moradia digna.

A efetivação do direito à moradia digna, sob uma visão abrangente, pensada de forma coletiva precisa imediatamente ser executada por intermédio de uma ação conjunta e coordenada dos entes federados e por meio da cooperação de profissionais especializados na área, tais como urbanistas, juristas, sociólogos, econômicas, ambientalistas médicos, assistentes sociais, etc. Sarlet (2011, P.696) citando Hegel (1981) estabelece que a propriedade constitua o espaço de liberdade da pessoa, ou seja, a pessoa não conseguira desenvolver a sua dignidade se residir em locais que lhe garantam o mínimo de segurança para si e sua família, ou que não lhe seja um espaço que possuem condições mínimas de qualidade de vida, podendo levar o Poder Público a

desenvolver um desprezo com tal parcela da população. Vivenciamos cada vez mais dificuldades em implementação de políticas públicas inclusivas para parcela da população mais abastada ocorrendo em verdade um verdadeiro retrocesso em tal setor.

Neste viés, o conceito de moradia passa a ideia utópica do famoso “sonho da casa própria” e passa por uma extensa área léxica compreendendo para além da ideia de propriedade, para alcançar outros critérios vinculados ao acesso a serviços públicos essenciais conexos como a prestação de serviços básicos de abastecimento de água e energia, além de uma boa rede sanitária e outros serviços que possam ensejar a noção complementar como transporte, segurança, e outros (GUERRA, 2008, pag.08).

Singular a contribuição de Gomes (2005, pag.75-78), segundo a qual a habitação, casa, domicílio, residência, assentamento, moradia, lar e abrigo são termos que tem em comum o fato de representarem o local em que alguém vive, isso abrange um plexo de interesses e necessidades básicas do ser humano vocacionadas a proteção, segurança e bem estar do morador, inclusive através do não acesso a direitos mínimos como a moradia adequada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Indiscutivelmente a moradia se constitui como uma necessidade básica de qualquer pessoa, elemento basal de sua existência, seja tomada como *locus* da sobrevivência, seja como local de repouso do ser humano, de proteção ou lazer e conforto de sua família, em suma é o local onde consegue-se desenvolver a dignidade do ser humano, de modo ser fundamental zelar pelo seu reconhecimento, garantia e efetivação desse direito fundamental. Em uma sociedade contratualista, o cidadão se configura como aquele que está fora da possibilidade de devolver os bens e investimentos que na sociedade são trocados, de modo que o fenômeno aporofóbico se encontra intrínseco no meio social e pode ser exteriorizado de diversas formas, principalmente no âmbito habitacional.

Conforme cita Gomes (2005. Pag.75-78), habitação, casa, domicílio, residência, assentamento, moradia, lar e abrigo são termos sinônimos que possuem em comum o fato de estarem falando de um local de vivência do ser humano. Moradia, compreende o espaço onde existe a possibilidade do indivíduo não apenas residir mas exercer o seu direito de viver em paz, segurança e dignidade.

Conforme-se pode perceber ao longo do artigo, os problemas envolvendo a efetivação do direito à moradia são diversos e vem de longa data, de modo que sob a políticas públicas consegue-se perceber como ponto central da agenda o elevado déficit de oferta de unidades habitacionais dignas para as pessoas de média e baixa renda. Embora, se perceba um considerável esforço do Estado em fornecer recursos em fundos especiais destinados ao financiamento de imóveis residenciais, nem sempre os cidadãos conseguem reunir as qualidades aptas para ingressar nesses empreendimentos tendo em vista que não são requisitos tão acessíveis. Ademais, muitas vezes tais moradias, se encontram em um espaço físico desordenado, locais em condições inadequadas sem acesso a segurança, saneamento básico e saúde coletiva.

Diante desta realidade, o que se percebe é que tal pauta habitacional vem sendo pauta de diversos repertórios importantes principalmente após a incorporação de tal direito no tratado internacional de direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996), dos quais o Brasil é signatário. Neste viés, atualmente o direito a moradia passou a fazer parte da Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº26, de 2.000, a qual incluiu no artigo 6º, que trata dos direitos fundamentais sociais.

O histórico das políticas habitacionais no Brasil mostra como as primeiras e principais políticas públicas implementadas no setor, não conseguiram obter êxito entre as camadas sociais mais baixas, facilitando de certa forma, os financiamentos para as classes médias e alta, contribuindo diretamente no alto déficit habitacional brasileiro. A

habitação, tomada como moradia, constitui-se em direito fundamental do ser humano, a garantir-lhe a concretização de sua dignidade como pessoa, razão pela qual se classifica no art.6º da CF como direito social, de índole coletiva prestacional, mas pode ser exercido tanto na esfera individual como família.

Logo, conforme se pode depreender quando induzimos a reflexão crítica sobre tal temática no Brasil, estamos em verdade dando proeminência a uma problemática do indivíduo social, é lançá-lo ao centro do ordenamento jurídico a partir da análise dos mandamentos constitucionais e suas materializações na vida cotidiana.

A aversão aos pobres, trabalhada pela filósofa política Adela Cortina, deve ser combatida pelo Estado Democrático de Direito em todos os âmbitos, tendo em vista que resulta em uma sociedade formada por um espaço de invisibilidades sociais onde pobreza é colocada como uma justificativa meritocrática, uma consequência de falhas do indivíduo. Ter moradia que possibilite viver em segurança e em condições mínimas de qualidade de vida, é o mínimo que tais cidadãos devem possuir para constituir uma vida digna, por isso se faz extrema importância a participação do Estado de forma cooperativa para a proteção e desenvolvimento desse direito.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Delina Santos. A garantia do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro. In: Anais urbBa, 2012, Salvador. Disponível em: . Acesso em: 28.01.2022

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONDUKI, Nabil Georges. *Análise Social*. Vol.XXIX (127), 1994 (1º). 711-732. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/470900/mod_resource/content/1/Origens%20da%20habita%C3%A7%C3%A3o%20social%20no%20Brasil.pdf

BOTEGA, Leonardo da Rocha. *A Política Habitacional no Brasil (1930-1990)*.

BRASIL – MINISTÉRIO DAS CIDADES. PLANO NACIONAL DE HABITAÇÃO – Ministério das Cidades. dez. 2009.

BRASIL – MINISTÉRIO DAS CIDADES. POLÍTICA NACIONAL DE HABITAÇÃO – Ministério das Cidades. nov. 2004.

BRASIL, 2001, Estatuto da Cidade. Lei nº10.258, de 10 de julho de 2001. Estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações. 2001.

BRASIL, 2005. Estatuto da Cidade. Guia para implementação pelos municípios e cidadãos. 3ªed. Brasília – 2005. Câmara dos Deputados, 2005.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidades. 2 ed. Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações. 2002.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei.10.257 de 10 de Julho de 2001. Link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em. 30.09.2021.

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

CORTINA, Adela. Aprorofobia: a aversão ao pobre, um desafio para a democracia. Trad. De Daniel febre. São Paulo: Contracorrente, 2020

FIX, Mariana. Financierização e transformações recentes no circuito imobiliário no Brasil. 2011. 263l. Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP. Disponível em:<<http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/286383>.

GAZOLA, Patricia Marques. Concretização do Direito a Moradia Digna. Belo Horizonte: Fórum, 2009=8.

GUERRA, Mariana Couto. Os direitos fundamentais e sua eficácia horizontal: enfoque no princípio constitucional da moradia. Pórtico Jurídico, v. II, ano V, p. 1 – 35. 2008.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico. Link: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/22827-censo-2020-censo4.html?=&t=o-que-e> . Acesso em 30.09.2021.

IPEA. Comunicados do IPEA nº 146. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13970> . Acesso em 28 de janeiro 2022.

MARTINS, Ester Gouvea. MASTRODI. Josué. Direito à Moradia: Entre a Efetivação Autônoma e Sujeição ao Direito de Propriedade. Revista Direitos Fundamentais Democraticos. Vol.23. pag.75-103, maio/ago.2018.

MOTTA, Luana Dias. A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. Disponível em: 28.01.2022.

NOGUEIRA, Joilma Sampaio. Políticas públicas de habitação no Brasil: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no Município de Santo Antônio de Jesus – BA. 2010. 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialista em Gestão Pública e Desenvolvimento Regional) – Faculdade Adventista da Bahia, Cachoeira, 2010.

ONU – Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: < <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em 28 de janeiro de 2022. mar. 2013.

PAGANI, Elaine Adelina. O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativa entre os direitos de propriedade urbana imóvel e o direito a moradia. Porto Alegre. EDIPUCRS,2009.

RANGEL, Helano Marcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira. O Direito Fundamental à Moradia como Mínimo Existencial, e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade. Veredas do Direito, Belo Horizonte. V.06, pag. 57-78

ROLNIK, Raquel. Late Neoliberalism: The financialization of homeownership and housing rights. International Journal of Urban and Regional Research, 37, 3, 2013, p. 1058-1066.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, 182 p

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

O ASSÉDIO MORAL E SEXUAL SOFRIDO PELA MULHER NO AMBIENTE DE TRABALHO

Maria Mariana Soares de Souza

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

INTRODUÇÃO

Conforme sabido, as mulheres diariamente são vítimas de diversos tipos de violências, abusos, desrespeitos, e ainda, são frequentemente vítimas de assédio moral e sexual no ambiente de trabalho.

A prática do assédio moral e sexual viola diversos direitos fundamentais, como à honra, à imagem, à liberdade, à intimidade, dentre outros. Embora homens e mulheres sofram assédio, há um ponto interessante a ser observado nos registros de ocorrência do assédio moral, e principalmente, sexual, em que na grande maioria, as mulheres são as vítimas.

Deste modo, o presente artigo abordará alguns pontos relevantes sobre o referido tema, com o objetivo primordial de conferir proteção às mulheres, alertá-las sobre as possíveis ocorrências de assédio, e ainda, as consequências jurídicas. Logo, a ideia central deste estudo é a análise do assédio moral e sexual no ambiente de trabalho, sob o prisma dos direitos das mulheres, observando-se a desigualdade de gênero existente na sociedade e no mercado de trabalho.

E ainda, a finalidade deste artigo é tratar de maneira detalhada no que consiste o assédio moral e sexual, suas consequências jurídicas, no campo do direito civil, trabalhista e penal, de modo a conscientizar e informar aos trabalhadores, buscando evitar a ocorrência de assédio no ambiente de trabalho, bem como medidas repressivas a serem adotadas, junto ao

Ministério Público do Trabalho, em caso de prática de assédio moral ou sexual.

No que diz respeito à metodologia adotada no desenvolvimento do presente trabalho, a pesquisa é classificada como explicativa, vez que busca explicar o que é, e como ocorre o assédio no local de trabalho, e ainda demonstrar as consequências diante da prática. Por fim, importante destacar que trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em referências bibliográficas, literatura impressa, artigos publicados sobre o tema, dados estatísticos, leis e julgados sobre o assunto.

O QUE CARACTERIZA O ASSÉDIO MORAL E SEXUAL

Inicialmente, em relação ao assédio moral, o mesmo caracteriza-se pela exposição contínua dos servidores, empregados, ou estagiários, a situações constrangedoras e humilhantes, manifestando-se através de comportamentos, gestos, atos, palavras e até escritos, que podem ofender, acarretar danos à dignidade, personalidade, e principalmente, integridade física do trabalhador, colocando em risco sua saúde mental e física (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016).

Assim, pode-se dizer que o assediador tem como objetivo principal, excluir o assediado de sua função, fazendo com que o mesmo peça seu desligamento, remoção ou exoneração, ou ainda, deteriorar o ambiente de trabalho. Contudo, o assédio moral, pode objetivar apenas a humilhação e constrangimento de um ou mais funcionário perante os demais, como forma de punição por suas atitudes, opiniões, ou por pura discriminação e preconceito (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016).

Margarida Barreto, esteve recentemente na Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) da Fiocruz para apresentar uma palestra, ocasião em que concedeu a seguinte entrevista:

O assédio moral pode ser definido como a exposição de trabalhadores a situações vexatórias, constrangedoras e humilhantes durante o exercício de sua função, de forma repetitiva e prolongada ao longo da jornada de

trabalho. É uma atitude desumana, violenta e sem ética nas relações de trabalho, que afeta a dignidade, a identidade e viola os direitos fundamentais dos indivíduos. No Brasil, o termo 'assédio moral' veio na esteira do 'assédio sexual', até porque o verbo assediar tem, segundo o dicionário Aurélio, o significado bem específico de “colocar o outro num cerco, não dar tréguas e humilhar até quebrar a sua força, quebrar sua vontade (BARRETO, 2000).

Conforme sabe-se, a legislação brasileira não trata especificamente sobre este tema, contudo, se encarregou de criar normas que visam evitar o assédio moral. Nossa Constituição Federal, prevê em seu artigo 1º, III e IV, a dignidade da pessoa humana, e o valor social do trabalho, bem como, é assegurado ainda, nos artigos 5º, X e 6º, o direito à saúde, ao trabalho e à honra (BRASIL, 1988).

Ainda nesta linha de pensamento, o Código Civil, assegura em seu artigo 186, que, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

No mais, a Lei nº 8.112/90, mais precisamente em seu artigo 116, II, IX e XI, prevê que, são deveres do servidor público, entre outros, manter conduta compatível com a moralidade administrativa, tratar as pessoas com urbanidade e ser leal às instituições a que servir (BRASIL, 1990).

Importante ressaltar ainda que, para que reste configurada a prática do assédio moral, é necessária a habitualidade da conduta, e a intencionalidade de causar menosprezo, humilhação e ofensa ao outro, sendo assim, indispensáveis para sua caracterização (MESA DO SENADO FEDERAL, 2019).

Por fim, é válido dizer que, mesmo que a prática do assédio moral, em regra, aconteça no local de trabalho, é perfeitamente possível que aconteça em outros ambientes, desde que, seja em função das atividades profissionalmente desenvolvidas.

Já no que diz respeito ao assédio sexual, o mesmo caracteriza-se pelo constrangimento com conotação sexual, no ambiente de trabalho, através de cantadas, insinuações, objetivando conseguir favorecimentos ou vantagens sexuais, em que, como regra, o assediador vale-se de sua posição hierárquica superior, para obter o que deseja (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016).

O assédio sexual pode ser expresso de diversas formas, através de piadas pejorativas, relacionadas à sexualidade, fotos de pessoas nuas, comentários sexistas e constrangedores, dentre outros (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016).

Vale mencionar que, ainda que o assédio não seja praticado no local de trabalho, mas desde que seja em razão da função exercida, há a configuração do referido crime.

Em nosso país, o assédio sexual é tido como crime, tipificado no artigo 216-A do Código Penal, que nos traz a seguinte redação, “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”. A pena prevista é de detenção de um a dois anos (BRASIL, 1940).

No mais, para que reste configurada a prática do assédio sexual, é necessária a presença do assediador e do assediado (vítima), bem como o comportamento doloso do agente que vise a vantagem sexual, e ainda, a ausência do consentimento por parte da vítima (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017).

Por fim, importante frisar que, o assédio moral, assim como o sexual, ferem diretamente a dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais, que são resguardados em nossa Carta Magna.

SUJEITOS DO ASSÉDIO MORAL E SEXUAL

Em relação ao assédio moral, o assediador pode se tratar de qualquer pessoa, que, em regra, vale-se e abusa do poder a ele conferido, em razão do cargo ou função exercida. No entanto, nem

sempre será um superior hierárquico, podendo ser praticado também por colegas de trabalho que exerçam as mesmas funções.

Importante citar ainda que, o assédio moral pode ser praticado por uma ou mais pessoas (MESA DO SENADO FEDERAL, 2019).

Em relação à vítima, qualquer pessoa pode sofrer assédio moral, homens ou mulheres, podendo ainda ser praticado contra uma ou mais pessoas. No entanto, há alvos preferenciais do assédio moral, sendo eles as pessoas do sexo feminino, pessoas acidentadas, com deficiências, LGBTI+, e principalmente, as mulheres negras (MESA DO SENADO FEDERAL, 2019).

Já em relação ao assédio sexual, o assediador, em regra, é aquele que vale-se de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, para conseguir o favorecimento sexual. Pode ocorrer assédio de homens contra mulheres, mulheres contra homens, ou até mesmo entre pessoas do mesmo sexo (MESA DO SENADO FEDERAL, 2019).

Conforme é sabido, o assédio sexual pode ser praticado contra qualquer pessoa, no entanto, ocorre de maneira desenfreada o assédio praticado por homens contra mulheres, em especial as mulheres negras, e também contra a população LGBTI+ (MESA DO SENADO FEDERAL, 2019).

EXEMPLIFICAÇÕES DE ASSÉDIO MORAL E SEXUAL

Em se tratando sobre o assédio moral, é possível deparar-se com inúmeras exemplificações de como o mesmo manifesta-se no dia a dia do ambiente de trabalho, veja-se alguns: agredir verbalmente, dirigir gestos de desprezo, alterar o tom de voz ou ameaçar com outras formas de violência física; delegação de tarefas impossíveis de serem cumpridas ou que normalmente são desprezadas pelos outros; divulgar boatos ofensivos e mentirosos sobre o trabalhador; retirar autonomia funcional dos trabalhadores ou privá-los de acesso aos instrumentos de trabalho; controlar a frequência e o tempo de utilização de banheiros; isolar a pessoa assediada de confraternizações, e atividades realizadas

em conjunto com os demais colegas (MESA DO SENADO FEDERAL, 2019).

Nesta mesma linha, no que tange ao assédio sexual, pode-se citar clássicos exemplos, observe-se: insinuações, explícitas ou veladas; contato físico não desejado; exibicionismo; criação de um ambiente pornográfico; narração de piadas ou uso de expressões de conteúdo sexual; conversas indesejáveis sobre sexo; convites constrangedores e impertinentes; promessas de tratamento diferenciado (MESA DO SENADO FEDERAL, 2019).

DOS DANOS SOFRIDOS PELA VÍTIMA DE ASSÉDIO NO AMBIENTE LABORAL

Conforme é notório, os reflexos de quem sofre o assédio moral e sexual são significativos e vão desde a queda da autoestima a graves problemas de saúde. Dentre os inúmeros danos acarretados, podemos classificá-los em quatro tipos, sendo eles, de natureza física, social, psicológica, e ainda, profissional.

No que tange aos danos físicos, podemos citar alguns, como hipertensão, tremores, estresse, insônia, alteração da libido, dores de cabeça, palpitações, e ainda, problemas digestivos (MESA DO SENADO FEDERAL, 2019).

Já em sede de danos sociais, os mesmos traduzem-se no comportamento do trabalhador diante das relações com as demais pessoas, podendo causar problemas no âmbito familiar, incapacidade de se relacionar com novas pessoas, retraimento na convivência com os demais colegas de trabalho, amigos, e até mesmo família, dentre outros (MESA DO SENADO FEDERAL, 2019).

Psicologicamente falando, os danos podem ser bastante graves ou até mesmo irreversíveis, como por exemplo, uma tentativa ou consumação de suicídio. Podemos dizer ainda, que o assédio pode provocar muitos outros malefícios, como depressão, rejeição, sentimento de inferioridade, baixa auto estima, irritação, vergonha, e

ainda, culpa pelos atos do assediador (MESA DO SENADO FEDERAL, 2019).

Por fim, no âmbito profissional, pode-se gerar danos sérios e perceptíveis, o que causa um baixo rendimento do trabalhador nas funções por ele exercida, reduz a capacidade de concentração e memorização, erros ao cumprir tarefas básicas, falta de interesse pelo trabalho, dentre outros, de modo que, o trabalhador passa a prestar um serviço de má qualidade, decorrente dos abusos por ele sofridos (MESA DO SENADO FEDERAL, 2019).

DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ASSEDIADOR NAS ESFERAS CÍVEL, CRIMINAL E TRABALHISTA

No que diz respeito ao âmbito cível, é possível se falar em responsabilização imputada ao assediador quando restar configurado o assédio, seja ele sexual ou moral, tendo a vítima direito a ser indenizada como forma de reparar o dano sofrido. O artigo 927 do Código Civil, é bastante claro, no sentido de que, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

A indenização busca principalmente oferecer algum conforto para a pessoa ofendida, devendo-se levar em conta, os prejuízos psicológicos, físicos, e ainda outros prejuízos provenientes da ofensa, como por exemplo, despesas terapêuticas e médicas. Nesta linha de pensamento, Maria Celina Bodin de Moraes, ensina que:

sua caracterização se dá quando os efeitos do dano originam em angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo sensações e emoções negativas. Todos esses sofrimentos descritos são maximizados em vítimas de acidentes e doenças do trabalho, além de acarretar constrangimentos perante amigos, família e na sociedade em geral diante da ofensa sofrida em sua imagem (MORAES, 2003, p. 27).

E ainda, faz-se importante mencionar que nas ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho, a competência será da Justiça do Trabalho, conforme prevê o artigo 114, inciso VI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Por fim, no que tange a responsabilização na esfera cível, importante destacar que, de acordo com o artigo, 932, III, do Código Civil, o empregador é responsável pela prática de assédio no trabalho, mesmo que não seja ele o assediador, tendo em vista que cabe ao mesmo zelar pelo ambiente de trabalho psicologicamente saudável e sem margem para o assédio, conforme artigo 932, inciso III, do Código Civil (BRASIL 2002).

Na esfera criminal também há de se falar em responsabilização do assediador em relação ao assédio sexual, como prevê o artigo 225 do Código Penal, tratando-se de um crime que se procede mediante ação penal pública incondicionada, tendo como titular o Ministério Público, a partir da alteração legislativa, dada pela Lei 13.718/2018. A prática do crime de assédio sexual, à luz do artigo 225, do Código Penal, prevê uma pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos (BRASIL, 1940).

E ainda, vale ressaltar que o assediador também poderá ser responsabilizado quando restar caracterizado a prática de outros crimes que tiveram ligação com o assédio, como por exemplo, o crime de calúnia, previsto no artigo 138 do Código Penal; o crime de atentado contra a liberdade de trabalho, que consiste em, constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias, disposto no artigo 197, inciso I, do mesmo diploma; e ainda, a infração prevista no artigo 203 do mesmo código, que trata-se da frustração de direito assegurado por lei trabalhista (BRASIL, 1940).

Por fim, temos ainda a responsabilização do assediador pelas vias trabalhistas. Embora não exista legislação específica para tratar do assédio moral, o praticante poderá ser responsabilizado. Cumpre salientar que o assediador poderá sofrer penalidades administrativas,

como infração disciplinar e processo administrativo. No entanto, no âmbito da legislação trabalhista, a CLT, prevê a hipótese de rescisão indireta do contrato de trabalho, bem como indenização devida, em caso de o empregador, ou seus prepostos, praticarem contra o empregado, ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama, conforme assegura o artigo 483, alínea “e”, situação em que, a vítima terá o direito de extinguir o contrato de trabalho, bem como receber todas as parcelas devidas na dispensa imotivada - aviso prévio, férias e 13º salário proporcional, FGTS com multa de 40%, etc - (BRASIL, 1943).

DA DENÚNCIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

É possível que a denúncia seja feita diretamente ao Ministério Público do Trabalho, que, trata-se de um órgão independente, que busca defender as relações trabalhistas, bem como manter a ordem jurídica, regulando e mediando as relações entre empregados e empregadores. Válido mencionar ainda que, cabe ao Ministério Público do trabalho promover a ação pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017). É possível que a denúncia seja feita diretamente ao Ministério Público do Trabalho, que, trata-se de um órgão independente, que busca defender as relações trabalhistas, bem como manter a ordem jurídica, regulando e mediando as relações entre empregados e empregadores. Válido mencionar ainda que, cabe ao Ministério Público do trabalho promover a ação pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017).

Contudo, é possível que a denúncia seja feita diretamente ao Ministério Público do Trabalho, que, trata-se de um órgão independente, que busca defender as relações trabalhistas, bem como manter a ordem jurídica, regulando e mediando as relações entre

empregados e empregadores. Válido mencionar ainda que, cabe ao Ministério Público do trabalho promover a ação pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017).

Deste modo, diante da ocorrência de assédio moral ou sexual no ambiente de trabalho, a vítima, ou quem tiver notícia, deverá proceder com a denúncia ao Ministério Público do Trabalho, para instauração de procedimento para apuração do ocorrido. O referido órgão, possui competência para atuar de forma preventiva ou repressiva, de modo a garantir os direitos fundamentais do trabalho, bem como um local de trabalho livre, seguro, e saudável (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017).

Importante mencionar que, após receber uma denúncia, ou ainda de ofício, o Ministério Público do Trabalho poderá instaurar inquéritos para apuração, ou outros procedimentos; notificar as partes envolvidas, para comparecimento em audiências; e ainda, buscar a regularização de condutas e conciliação entre as partes (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017).

Por fim, importante destacar que, para formalizar a denúncia, a vítima poderá acessar o site do Ministério Público do Trabalho, relatar os fatos, as vítimas, os agressores, e ainda, testemunhas, bem como anexar documentos comprobatórios. Ou ainda, a denúncia poderá ser feita pessoalmente, na sede da Procuradoria Regional do seu Estado ou na Procuradoria do Trabalho no Município (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017) .

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como finalidade a análise do assédio moral e sexual sofrido pelas mulheres no ambiente de trabalho, que trata-se de um tema bastante abordado, principalmente nas instâncias jurisdicionais brasileiras.

A prática do assédio moral e sexual viola diversos direitos fundamentais, como à honra, à imagem, à liberdade, à intimidade, dentre outros.

O assédio moral e sexual sofrido pelas mulheres é, infelizmente, uma realidade que se reitera cada dia mais, merecendo assim, atenção e cuidado, tendo em vista os inúmeros danos causados às vítimas.

É dever do empregador garantir um ambiente de trabalho seguro e saudável, zelando pelos direitos da personalidade inerentes ao empregado, adotando medidas para evitar a ocorrência de assédio, conforme tratado ao longo do trabalho.

As formas de prevenção e repressão à prática do assédio devem traçar um caminho de conscientização e educação, de modo a transformar o pensamento machista e cultura patriarcal, que até nos dias atuais, mostram-se fortemente presentes em nosso meio.

Assim, deve-se haver uma modificação comportamental, baseada em valores, princípios e respeito à dignidade das mulheres. É necessário ainda que todo o Poder Judiciário, principalmente a Justiça do Trabalho, busque manter os trabalhadores informados de seus direitos, os auxiliando na identificação de assédio que possam vir a sofrer, e ainda, que promova meios eficazes para combater os atos de violação e abuso, bem como proceda com a punição aos assediadores, de modo a garantir a eficácia jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil, Lei nº 8.112.** Art. 116. São deveres do servidor: II - ser leal às instituições a que servir; IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa; XI - tratar com urbanidade as pessoas. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 11 de dez. 1990.

BRASIL. **Código Penal, Lei nº 2.848.** Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada; Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime; Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 7 de dez. 1940.

BRASIL. **Código Civil, Lei nº 5.452.** Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 1 de mai. 1943.

BRASIL. **Código Civil, Lei nº 10.406.** Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito; Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo; Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 10 de jan. 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de abr de 2022.

MESA DO SENADO FEDERAL. **Assédio moral e sexual no trabalho**. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Assédio sexual no trabalho: perguntas e respostas**. Brasília, mai. de 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Manual sobre a prevenção e o enfrentamento ao assédio moral e sexual e à discriminação**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/manuais/manual-sobre-a-prevencao-e-o-enfrentamento-ao-assedio-moral-e-sexual-e-a-discriminacao/@@display-file/arquivo_pdf>. Acesso em: 01 de abr. 2022.

MORAES, Maria Celena Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANÁLISE DA (IM) POSSIBILIDADE DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS

Gustavo da Silva Peixoto¹

INTRODUÇÃO

A jurisprudência e doutrina pátria, em consonância com o disposto no artigo 183, §3º e artigo 191, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, assim como o entendimento sumulado nº 340 do Supremo Tribunal Federal e artigo 102 do Código Civil Brasileiro de 2002, concordam, de maneira majoritária, pela absoluta inviabilidade da aplicação do instituto da usucapião de bens públicos, ainda que os respectivos bens não estejam cumprindo sua função social em virtude da proteção específica que possuem (BRASIL, 1988).

A indisponibilidade dos bens públicos, embasada no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, concede à propriedade pública proteção específica. Contudo, tal proteção atribuída ao bem público afeta a sociedade, tendo em vista que o bem público que não exerce sua função poderia ser utilizado para efetivar outros direitos fundamentais assegurados na Carta Constitucional, como o direito à moradia.

No presente trabalho será feita uma breve exposição do instituto da usucapião, apresentando os respectivos fundamentos e modalidades. Em seguida, a função social da propriedade e os argumentos que embasam a possibilidade ou não de usucapir bens públicos.

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,

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé. Email:z2gustavo.peixoto@gmail.com

seletiva, em acervo bibliográfico, bem como documental e sítios pertinentes quanto ao assunto constante do recorte desta pesquisa.

1. USUCAPIÃO: FUNDAMENTOS E MODALIDADES

O instituto da usucapião teve origem no Direito Romano e significa “adquirir pelo tempo”. Conceitua-se como uma forma de obtenção da propriedade móvel e imóvel por meio da posse qualificada da coisa por prazo estabelecido em lei. De acordo com Clóvis Beviláqua (1950), é a aquisição do domínio pela posse prolongada. Em outras palavras, a usucapião será configurada quando o proprietário anterior abandonar a coisa (móvel/imóvel) e o usucapiente mantiver a posse por determinado lapso temporal, conferindo à coisa função social de forma mansa e pacífica.

O artigo 1.238 do Código Civil Brasileiro trata da modalidade extraordinária da usucapião que não requer título ou boa-fé, para o indivíduo que possuir como seu, imóvel, de forma mansa e pacífica, pelo prazo de quinze anos e a extraordinária habitacional no caso de ser estabelecido moradia habitual ou realizados obras ou serviços e caráter produtivo, o prazo é reduzido a dez anos, *in verbis*:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (BRASIL, 2002).

A usucapião ordinária, fixada no artigo 1.242 do mesmo diploma legal, dispõe que aquele mantiver a posse incontestada da coisa pelo período de dez anos, munido de justo título, bem como possuir boa-fé, poderá obter a coisa por usucapião (BRASIL, 2002).

Já na modalidade ordinária *pro labore*, é possível reduzir o prazo fixado em lei para cinco anos quando o imóvel for adquirido de forma onerosa e o título ter sido cancelado cinco anos após o registro, além de conferir ao bem função social, nesse sentido:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (BRASIL, 2002).

O texto constitucional brasileiro dispõe sobre duas formas específicas de usucapião: urbana e rural. A usucapião especial urbana, prevista no artigo 183, e a usucapião especial rural no artigo 191, ambos da Constituição Federal:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta 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.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo

nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade (BRASIL, 1988).

As duas formas também foram tratadas no Código Civil, nos artigos 1.239 e 1.240.

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta 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 (BRASIL, 2002).

Estas duas modalidades além de exigirem o cumprimento da função social e lapso temporal, possuem como exigências comuns que o usucapiente não possua nenhum outro imóvel e não faça o uso desse direito por mais de uma vez. Ademais, na modalidade urbana o imóvel deve ter até duzentos e cinquenta metros quadrados e ser utilizado para fins de moradia daquele que detém a posse ou de sua família.

Por outro lado, na modalidade rural especial é exigido que o bem não pode ultrapassar cinquenta hectares e deve servir como ferramenta de produção do possuidor e de sua família. Ainda sobre esta modalidade, a Lei 12.424/2011, incluiu o artigo 1.240-A que diz:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até

250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2011).

Nesta modalidade, o prazo é de dois anos para aquele detém a posse mansa e pacífica de imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados e não possua outro imóvel urbano ou rural, e que tenha sido dividido com ex-cônjuge ou ex-companheiro que tenha abandonado o lar.

Também há a modalidade de usucapião coletiva, estabelecida no artigo 10 da Lei 10.257/2001, que tem por objetivo proteger interesses metaindividuais de indivíduos de baixa renda econômica, como os moradores das favelas existentes no país, viabilizando o alcance de um patrimônio mínimo.

Nesse caso, a área deve ser inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados e não podem os usucapientes possuírem outros imóveis, seja urbano ou rural:

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2001).

Por fim, a modalidade da usucapião de servidão, prevista no artigo 1.379 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*:

Art. 1.379. O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em

seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião (BRASIL, 2002).

Parágrafo único. Se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de vinte anos.

De todas as modalidades apresentadas, vê-se que três requisitos são necessários para configuração da usucapião: pessoais, reais e formais, que devem ser comprovados por todos os meios de provas previstos em lei.

Os requisitos pessoais referem-se à capacidade do possuidor e devem ser observadas as causas interruptivas, suspensivas e impeditivas para usucapião, artigo 1.244 do Código Civil. As causas que impedem ou suspendem estão previstas nos artigos 197 e 198, já as causas interruptivas estão previstas no artigo 202, todos do Código Civil (BRASIL, 2002).

Os requisitos formais são posse e tempo. O *animus domini*, intenção de ser dono da coisa, deve estar presente na posse, caracterizando a posse *ad usucapionem*. É necessário para configuração da usucapião que a posse seja prolongada no tempo de modo contínuo, observada as modalidades previstas. “É um problema de política legislativa, que se resolve diferentemente nos diversos sistemas jurídicos, e até num mesmo sistema jurídico varia com o tempo” (PEREIRA, 2017, p. 140).

Já os requisitos reais dizem respeito ao objeto da usucapião que deve ser certa, determinada e hábil. Em outras palavras, bens que possuem cláusulas de inalienabilidade ou estão fora de comércio, não podem ser objetos da usucapião.

Os bens públicos de uso comum e uso especial não são passíveis de alienação. Contudo, há divergência no que diz respeito aos bens públicos dominicais, que não estão sendo utilizados para interesse público e, dessa forma, não cumprem sua função social.

2. DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O direito de propriedade é direito fundamental elencado no artigo 5º, inciso XXI da Constituição e define-se como uma garantia de liberdade e como uma das exigências para que seja assegurado ao cidadão o mínimo existencial (BRASIL, 1988).

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves define o direito de propriedade como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha. (GONÇALVES, 2020, p. 211).

Salienta-se que o direito de propriedade, observados os preceitos e regras do Estado Democrático de Direito, está relacionado aos interesses sociais e na efetivação do bem comum e não somente o interesse particular. Nesse sentido, diz Flávio Tartuce:

Pode-se afirmar que essa alteração conceitual demonstra, pelo menos em parte, o rompimento do caráter individualista da propriedade, que prevalecia na visão anterior, pois a supressão da expressão direitos faz alusão a substituição de algo que foi, supostamente, absoluto no passado, o que não mais ocorre atualmente. (TARTUCE, 2018, p. 1454-1455).

A doutrina menciona que a ordem topográfica em que o direito de propriedade e a função social estão dispostos na Constituição não é de maneira aleatória, mas de forma proposital, tendo em vista a relação existente de complementariedade entre eles. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 313).

Dispõe o artigo 5º, XXIII da Constituição que “a *propriedade atenderá a sua função social*”. No mesmo artigo, estão previstos os direitos fundamentais, que tem como finalidade garantir uma vida digna, livre e igualitária a todos.

A função social da propriedade apareceu pela primeira vez na Constituição de 1934, de forma singela, como uma condição do direito de propriedade, que determina que a propriedade, urbana ou rural, não deve servir somente aos interesses individuais de quem detém a propriedade, mas também aos anseios e interesses da sociedade. Assim, o direito de propriedade fica condicionado à função social, tendo em vista que é um direito limitado em detrimento do interesse coletivo.

O inciso mencionado anteriormente apenas dispõe que a propriedade deverá atender sua função, contudo, os critérios para configuração da função social são apresentados em pontos do texto constitucional e são diferentes para cada tipo de propriedade.

Estabelece o artigo 182, § 2º que: A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Segundo o dispositivo, a propriedade urbana atenderá sua função social quando observar os requisitos fixados pelo plano diretor de sua cidade (BRASIL, 1988).

Lado outro, o artigo 186 fixa os requisitos para cumprimento da função social da propriedade rural:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (BRASIL, 1988).

Mais uma vez, a função social é mencionada na norma constitucional como um princípio da ordem econômica a fim de garantir a justiça social e vida digna a todos.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade (BRASIL, 1988).

A função social foi estabelecida como princípio constitucional fundamental no ordenamento vigente. Não há dúvida, no tocante à aplicação do referido princípio à propriedade privada. Todavia, inexistente previsão no que se refere à aplicação desse princípio quando se tratar de propriedade pública, uma vez que a doutrina considera impossível sua aplicabilidade.

3. DA RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DA PROPRIEDADE

É essencial entendermos que no código de 1916, o conceito de direito à propriedade era inspirado sob o prisma da revolução francesa, prestigiando, com isso, o patrimonialismo e o positivismo (BRASIL, 2016).

Para o Código Civil brasileiro de 1916, a progressão pessoal e a obtenção de bens sempre foram asseguradas pelo Estado, a princípio de maneira individual, plena e absoluta. A priori, o Estado só se interviria no direito de propriedade somente em casos excepcionais, motivado e para pagamento ao proprietário do bem de justa e prévia indenização em caso de expropriação. A propriedade nessa época era inviolável e a economia girava em torno desse direito (BRASIL, 2016).

Como pode-se notar não existia a figura de função social sobre a propriedade, sendo assim o Estado não podia tomar para si uma propriedade com o discurso de função social.

Com a opressão do Estado Liberal do mais forte sobre o mais fraco, surgiu o Estado Social. Foi nesse período que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, intitulada de Constituição

Cidadã nasceu. Ela prevê como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e solidariedade social, nos seus artigos 1º, III e 3º, II.

Se compararmos o Estado de 1916, no qual se valia os pressupostos de uma igualdade formal, com a Constituição de 1988, deixa-nos a certeza de que vivemos numa sociedade plural, ou seja, onde todos são iguais perante à lei. O Estado pós-moderno elucida a ideia de Justiça na concretização dos direitos, no seu aspecto material. Com isso, a função social da propriedade, que surgiu a partir de 1988, com a Constituição Federal, impôs uma mudança de paradigma ao sistema jurídico.

Após o advento da Constituição Cidadã, tornou-se imprescindível que o bem tenha função social, e, dessa forma, o proprietário precisava dar um objetivo ao bem. Com isso, o Código Civil de 2002, baseado na Constituição, demonstrou que o bem móvel/imóvel que não tivesse uma função social poderia sofrer uma aquisição originária.

Aliado a isso temos ainda os Direitos Fundamentais de Segunda geração, que visam a proteção e viabilidade dos direitos sociais e coletivos, influenciando diretamente para a imprescindibilidade da função social do bem, seja ele bem público ou dominical. Ora, de um lado se tem um bem sem função social, e, de outro, pessoas que precisam de um imóvel, por exemplo, sem valor aquisitivo e que irão, cuidar do bem e dar uma função social.

Ademais, antes mesmo de se retirar a propriedade de um bem sem função social, a constituição atual trouxe métodos para encorajar os proprietários, como o valor maior no imposto predial e territorial urbano – IPTU, ou ainda, a desapropriação sanção.

Outrossim, a função social se tornou um dever do proprietário, dessa forma, se relativizou o direito à propriedade, não sendo este mais absoluto. Com isso é necessário que o bem tenha uma função coletiva, uma designação social para que o proprietário mantenha o bem e não o perca.

Desta forma, com a Constituição de 1988, a propriedade perdeu o caráter individual e, se transformou em algo coletivo e social, tentando diminuir ainda as desigualdades sociais.

Destaca-se para a hipótese de propriedade rural, visto que, além de uma função específica social, é necessário que a terra seja produtiva, evitando que latifundiários exerçam maior poder econômico sobre os demais, principalmente, observado o “Movimento Sem Terra –MST”

Nessa diapasão, o proprietário pode perder o bem pela aquisição originária se possuir grandes lotes de terra, e não há edificar ou produzir e, outra pessoa dando ao bem a função social específica, a usando para produzir.

Relacionado as mudanças com os bens particulares, os bens públicos também sofrem consequências, pois, os bens públicos dominicais não possuem função social e, a Constituição, lei máxima, prevê expressamente por um cláusula pétrea que é imprescindível a função social do bem, para que não possa ser usucapido.

4. DA (IM) POSSIBILIDADE DE USUCAPIR BENS PÚBLICOS

A inaplicabilidade do instituto da usucapião de bens públicos é tratada no artigo 183, §3º e artigo 191, parágrafo único, ambos da Constituição de 1988, e também no artigo 102, do Código Civil. Destaca-se o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema e a vedação da usucapião de bens públicos, inclusive os bens dominicais.

A doutrina majoritária possui o entendimento de que nenhuma das modalidades da usucapião pode ser aplicada aos bens públicos. Porém, há uma corrente minoritária, como Cristiano Chaves, Nelson Rosendal e Flávio Tartuce, que defendem a possibilidade de bens públicos serem objetos da usucapião.

Diz o enunciado da Súmula nº 340 do Supremo Tribunal Federal: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião” (BRASIL, 1963).

Ressalta-se que a referida Súmula foi aprovada no ano de 1963, muito antes da Constituição e Código Civil vigentes. Assim, percebe-se que a referida súmula não encontra amparo na sociedade atual.

No que diz respeito à impossibilidade da usucapião de bens públicos, já decidiu o Tribunal do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS - PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL - REJEIÇÃO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA - OCUPAÇÃO DA ÁREA “ZAIRE REZENDE II” - BEM PÚBLICO - DISCUSSÃO SOBRE A POSSE - IRRELEVÂNCIA - ARTIGO 1.208 DO CC/02 - MERA DETENÇÃO - USUCAPIÃO - IMPOSSIBILIDADE - ARTIGO 183, §3º DA CR/88 - SENTENÇA MANTIDA.

1. Inexiste inovação recursal se os fundamentos foram devidamente lançados no curso da lide. 2. Na ação de reintegração de posse compete ao autor comprovar a posse do imóvel, o esbulho perpetrado pela parte contrária e sua data, bem como a perda da posse, a teor do disposto no art. 561 do CPC/15. 3. O Município de Uberlândia exterioriza a titularidade sobre a área, protegida constitucionalmente por se tratar de bem de domínio público, enquanto os ocupantes possuem mera detenção das áreas, de natureza precária. 4. **Nos moldes do art. 183, §3º, da CR/88, o particular não pode exercer posse sobre bem público (exceto quando admitido de maneira formal o uso do bem público, particularmente nas hipóteses de permissão e concessão), que não pode ser usucapido.** 5. De rigor a manutenção da sentença que julga procedente o pedido de reintegração. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.13.042540-9/002, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/11/2021, publicação da súmula em 19/11/2021) *grifo nosso*

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. IMÓVEL. BEM PÚBLICO. MERA

DETERENÇÃO. USUCAPIÃO. IMPOSSIBILIDADE.
RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A usucapião é uma das formas de aquisição da propriedade, e tem como requisitos essenciais a posse e o tempo.

2. A ocupação de imóvel público não caracteriza posse, mas mera detenção de natureza precária.

3. Em regra, os bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião, nos termos do art. 183, § 3º, da Constituição da República.

4. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que rejeitou a pretensão inicial. (TJMG - Apelação Cível 1.0134.11.008320-8/001, Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/07/2021, publicação da súmula em 28/07/2021) *grifo nosso*

A alegação usada para vedação da usucapião de bens públicos encontra fundamento no princípio da supremacia do interesse público, considerando que tal princípio estabelece que o interesse público se sobrepõe ao particular.

Com isso, afirma Mello em suas lições: “é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência.” (MELLO, 2015, p. 99).

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é considerado pela doutrina tradicional como princípio fundamental no âmbito do Direito Administrativo e aceito sem discussões. Ainda que não tenha sido estabelecido como norma constitucional, é considerado princípio implícito a ser aplicado quando existir confronto entre interesse público e particular.

No entanto, é evidente que a Constituição não fixou nenhuma divisão entre interesse público e particular, como afirma Ávila:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na

análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). Por isso afirma HÄBERLE, referindo-se à Lei Fundamental Alemã, muito menos insistente na proteção da esfera privada do que a brasileira: “Exagerando: o interesse privado é um ponto de vista que faz parte do conteúdo de bem comum da Constituição”. Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma “conexão estrutural” (“ein struktureller Zusammenhang”). (ÁVILA, 2001)

À vista disso, inexistindo confronto entre interesse público e privado, inexistente prevalência de um sobre o outro, mas uma relação de equilíbrio entre os interesses. A aplicabilidade por si só, do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, sem a análise dos direitos fundamentais, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana, não encontra amparo na ordem jurídica vigente.

Como já dito alhures, alguns doutrinadores como Farias e Rosenvald defendem a tese de que a inaplicabilidade absoluta da usucapião de bens públicos é uma norma extrema:

Por fim, o art. 102 do Código Civil adverte que os bens públicos não estão sujeitos à usucapião. O legislador foi radical ao deixar claro que a impossibilidade de usucapião atinge todos os bens públicos, seja qual for a natureza ou a finalidade. [...] Detecta-se, ademais, em análise civil-constitucional que a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao valor (constitucionalmente contemplado) da função social da posse e, em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 400-401).

De acordo com este entendimento, os nobres doutrinadores qualificam os bens públicos de modo material e formal, sendo esta última classificação passível de usucapião:

Entretentes, a Constituição Federal não atendeu a esta peculiaridade, olvidando-se de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com a sua conformação no caso concreto. Ou seja: se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo formal e materialmente público, haveria óbice à usucapião. Esta seria a forma mais adequada de tratar a matéria, se lembrarmos que enquanto o bem privado “tem” função social, o bem público “é” função social. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 401).

Na análise correta do ordenamento constitucional atual, observa-se que a proibição absoluta da usucapião de bens públicos colide com todo o ordenamento jurídico pátrio.

Chega-se a tal reflexão eis que o bem público, muito mais do que o bem particular, deve suportar as sanções inerentes às propriedades privadas que não atendem sua função social. Além disso, considerando os interesses sociais, a utilização do bem público pelo Estado deve estar em conformidade com o disposto em lei.

Outrossim, no exame dos casos concretos em que o interesse público e o interesse particular assumem lados opostos, é viável reconhecer o interesse do particular quando fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à propriedade, o direito à moradia, ao trabalho e outros direitos sociais.

Sob essa perspectiva, estando um bem público sem função social, é possível a usucapião da propriedade pelo particular a fim de que cumpra sua função social. Corroborando tal entendimento, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado São Paulo:

USUCAPIÃO - BEM PÚBLICO - DISTRITO INDUSTRIAL DE CAMPINAS - TERRENOS DESAPROPRIADOS E VENDIDOS PARA CONSTRUÇÃO DE INDÚSTRIAS - EMDECCONSTITUÍDAPARA PROCEDERÀFORMAÇÃO DO DISTRITO INDUSTRIAL - AFASTAMENTO DA ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, EM RAZÃO DA DESAFETAÇÃO DOS BENS IMÓVEIS DESAPROPRIADOS - POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO - RECURSO PROVIDO POR MAIORIA. [...] Cinge-se a controvérsia, em saber se o pedido da recorrente é ou não possível juridicamente. A sentença, acatando a tese da imprescritibilidade do bem público de qualquer natureza, extinguiu o processo sem apreciação do mérito, entendendo ser o pedido impossível juridicamente. Insiste a apelante na possibilidade de haver usucapião de imóvel contido em área desapropriada pela EMDEC, registrado no Cartório Imobiliário em nome do Município de Campinas (fls. 263). Bem público cuja desafetação legal se destinou a implementar o Distrito Industrial de Campinas (fls. 136). [...] Tem razão a apelante quando afirma ser o pedido juridicamente possível, devendo ser afastada a decisão de primeiro grau que julgou o feito extinto sem análise de mérito. [...] Se assim é, o bem desapropriado passou a compor o patrimônio disponível da Municipalidade, mas ocorreu a desafetação, podendo, dessa maneira, ingressar no patrimônio particular das empresas que tinham interesse na formação do Distrito Industrial de Campinas. [...] Diante dos precedentes deste Tribunal e dos demais julgados apresentados pela recorrente, não se pode negar que o pedido é viável. Relativamente à posse longeva e com intenção de dono, da autora, nenhuma controvérsia existe. Bem por isso, fica reformada a sentença e julga-se procedente a ação de usucapião para reconhecer a propriedade da empresa autora. (Apelação Cível nº 9172311-97.2007.8.26.0000. 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

Relator: João Carlos Garcia, julgado em 24/05/2011-
Publicado em 21/07/2011.

Na mesma senda, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - DETENÇÃO - INOCORRÊNCIA - POSSE COM “ANIMUS DOMINI” - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS DEMONSTRADOS - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - EVIDÊNCIA - POSSIBILIDADE - EVIDÊNCIA - PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO. - “A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o *animus domini*, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição”. (TJMG - Apelação Cível 1.0194.10.011238-3/001, Relator(a): Des.(a) Carlos Levenhagen, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/05/2014, publicação da súmula em 15/05/2014)

Em que pese a proibição constitucional de usucapião de bens públicos, é impossível verificar o conflito de normas, considerando que sob a perspectiva da interpretação sistemática, é possível observar uma perfeita harmonia do direito fundamental da função social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante toda a confecção deste trabalho elucidou que o bem particular, além da propriedade pública deve observar o princípio constitucional da função social da propriedade. Além disso, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, empregado como fundamento para alegação da imprescritibilidade dos bens públicos não deve prevalecer quando ausente a função social. Deve-se realizar um equilíbrio entre os interesses, considerando os direitos fundamentais de cada cidadão.

Ademais, a proibição legal prevista no artigo 102 do Código Civil, artigos 183, §3º e 191, parágrafo único, ambos da Constituição, encontram resguardo somente nos bens materialmente públicos, em outras palavras, que, de fato, estejam sendo utilizados. Assim, partindo dessa premissa, a imprescritibilidade dos bens públicos só seria possível quando em conformidade com a função social da propriedade.

O Brasil é um país que ainda possui uma população muito grande de pessoas em condições degradantes de moradia e rua. Por outro lado, há uma quantidade considerável de propriedades públicas que não cumprem com sua respectiva função social.

Desse modo, a possibilidade de usucapião de propriedade pública que não esteja em consonância com o princípio da função social auxiliaria no alcance de uma gestão efetiva dos bens públicos pelo Estado que beneficiaria a sociedade.

Ante o exposto, conclui-se, por meio de uma interpretação sistemática das normas vigentes, bem como do contexto atual, ser possível aplicar o instituto da usucapião aos bens públicos para efetivo cumprimento da função social da propriedade, tal como o direito fundamental da propriedade, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e dos direitos sociais da moradia.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O Direito Público em Tempos de Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Edição histórica, 1950. V. III.

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

BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (**Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002**). Rio de Janeiro, 1º de Janeiro de 1916, 95º da Independência e 25º da República.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho, de 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm > Acesso em 10/03/2022.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro, de 2002. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm > Acesso em 10/03/2022.

BRASIL, **lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011**. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos

da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, 16 de junho de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 340**. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula340/false> > Acesso em 10/03/2022.

FARIAS, Cristiano. ROSENVALD, Neslon. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais** – 11. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das coisas** - Direito civil brasileiro volume 5 – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo (SP): Malheiros, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. IV / Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Jaqueline. **O direito de propriedade e sua função social: uma visão contemporânea do direito civil constitucional**. JusBrasil. Publicado em 09/2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76383/o-direito-de-propriedade-e-sua-funcao-social-uma-vi-sao-contemporanea-do-direito-civil-constitucional#:~:text=O%20di-reito%20%C3%A0%20propriedade%20agora,ser%20concretizada%20a%20posse%20social%2C>. Acesso em 12 de abril de 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. – 8. ed. rev, atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018