



ARTIGOS COMPLETOS	2415
RESUMOS DE PESQUISA	2724

19 a 23 de outubro de 2020
Anais do ENEPE
ISSN 1677-6321

Unoeste

ARTIGOS COMPLETOS

A (DES) CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA	2417
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS	2424
A INTERVENÇÃO DO JUIZ NO INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA	2433
A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A SUA TUTELA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	2443
A PSICOFOBIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS	2457
A RELEVÂNCIA DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO COMBATE À CORRUPÇÃO	2471
A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO FILME O PODER E A LEI.	2482
ABANDONO AFETIVO E O DEVER DE INDENIZAR.....	2495
ALGUMAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS QUE ASSEGURA DIREITOS AOS ANIMAIS.....	2505
CONTESTAÇÃO: O DIREITO À AMPLA DEFESA NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO	2513
CRIMES CONTRA A HONRA E SUAS DIRETRIZES DE APLICAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DESCRIMINALIZAÇÃO É A SOLUÇÃO?	2524
CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE E A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA.....	2532
DA APLICAÇÃO DA DESJUDICIALIZAÇÃO EM RELAÇÃO AO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO NAS SITUAÇÕES DE MULTIPARENTALIDADE	2546
DA FLEXIBILIZAÇÃO DO CRITÉRIO OBJETIVO DE RENDA PER CAPTA DOS BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS DE PRESTAÇÃO CONTINUADA FRENTE AO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PÁTRIO.....	2554
DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA GARANTIR O CUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	2566
DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A PROTEÇÃO DO DIREITO CÔNJUGE E/OU COMPANHEIRO NA PARTILHA DE BENS	2571
DIREITO AO NOME: O SUB-REGISTRO CIVIL À LUZ DA OBRA VIDAS SECAS DE GRACILIANO RAMOS	2581
ESTADO LAICO: UTOPIA BRASILEIRA.....	2590
ESTUDOS PRELIMINARES SOBRE OS PRINCÍPIOS APLICADOS AO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA LEI Nº 13.709/2018 - LGPD.....	2603
EUTANÁSIA: CRIME OU DIREITO A UMA MORTE DIGNA?	2614
FEMINICÍDIO: DO LUTO À LUTA	2621
INFLUENCIA DA MIDIA NO TRIBUNAL DO JURI NO BRASIL.....	2625
LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM TEMPOS DE COVID-19: ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/20.....	2631
O CRIME DE ABORTO E A EFETIVA TUTELA DA VIDA DO CONCEPTO	2643

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL FRENTE A INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL.....	2648
O MULTIPLO RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE E PATERNIDADE NO REGISTRO CIVIL	2655
O TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO.....	2666
PRIMEIROS APONTAMENTOS SOBRE O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA DAS EMPRESAS	2678
PROGRAMA EMERGENCIAL DE MANUTENÇÃO DO EMPREGO, SOB A ÓTICA DA CONSTITUCIONALIDADE.	2683
REFUGIADOS E O PRECEITO FUNDAMENTAL DE REFÚGIO: A INCUMBÊNCIA DA SOCIEDADE INTERNACIONAL.....	2690
TRIBUNAL DO JÚRI: PRINCÍPIOS NORTEADORES	2703
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FEMINICÍDIO, SEU AUMENTO NA QUARENTENA DA COVID-19, MOVIMENTO FEMINISTA COMO MEDIDA DE PREVENÇÃO E COMBATE.	2711

A (DES) CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Francislaine de Almeida Coimbra Strasser, Silvia Milena Assis Miranda, Joao Pedro Martins Nascimento

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: jp98martins@hotmail.com

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo fazer uma reflexão e análise da democracia brasileira, desde a sua formação do pós-ditadura de 1964, iniciando-se com a Assembleia Nacional Constituinte, passando pela promulgação da Constituição Federal, os trinta anos de sua promulgação, e a consolidação do Estado Democrático de Direito, com o exercício da democracia dos governos eleitos. Aspira-se verificar se a sociedade participativa, esfera pública em que os indivíduos assumem quotas de responsabilidades sociais como parte do processo governamental, pode ser apresentada como alternativa no desenvolvimento de governos que respondam os anseios sociais. Ambiciona-se averiguar se a aproximação promovida entre sociedade civil e poder público nas decisões governamentais, com a efetiva atuação democrática dos elementos que compõem a sociedade, destinatários finais dessas decisões, podem, via processo de participação ativa, auxiliar na construção social de estruturas que satisfaçam a real democracia, que só se promove através da paz democrática (homogeneidade e solidariedade do corpo político; sociedade atenta e eleição livre), notadamente num contexto de polarização política. Conclui-se que se faz necessário uma (des) construção da democracia participativa ou deliberativa, pressuposto para se alcançar um bom governo, já que o controle social, a deliberação e o processo participativo são indispensáveis ao entendimento do verdadeiro sentido da democracia como projeto coletivo de autogoverno. O método usado foi o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Democracia Brasileira. Assembleia Nacional Constituinte. Constituição Federal. Estado Democrático de Direito. Autogoverno.

THE (DES) CONSTRUCTION OF BRAZILIAN DEMOCRACY

ABSTRACT

The present study aims to reflect and analyze Brazilian democracy, since its formation after the 1964 post-dictatorship, starting with the National Constituent Assembly, passing through the promulgation of the Federal Constitution, thirty years after its promulgation, and the consolidation of the Democratic Rule of Law, with the exercise of democracy by elected governments. The aim is to verify whether the participatory society, a public sphere in which individuals assume quotas of social responsibilities as part of the governmental process, can be presented as an alternative in the development of governments that respond to social concerns. The aim is to ascertain whether the approximation promoted between civil society and public power in government decisions, with the effective democratic performance of the elements that make up society, the final recipients of these decisions, can, through the process of active participation, assist in the social construction of structures that they satisfy real democracy, which is only promoted through democratic peace (homogeneity and solidarity of the political body; attentive society and free election), especially in a context of political polarisation. It concludes that a participatory or deliberative (de) construction of democracy is necessary, a prerequisite for achieving good government, since social control, deliberation and the participatory process are indispensable for understanding the true meaning of democracy as a collective project of self-government. The hypothetical-deductive method was used.

Key-words: Brazilian Democracy. National Constituent Assembly. Federal Constitution. Democratic state. Self-government.

INTRODUÇÃO

Em 05 de outubro de 2018 se comemorou trinta anos da promulgação da Constituição Federal, um marco na história do Brasil, haja vista que após vinte anos de um período ditatorial, houve o reestabelecimento da democracia e sua consolidação.

No entanto, o Brasil tem enfrentado períodos de instabilidade política, pois as decisões políticas e jurídicas ainda permanecem quase que exclusivamente com os detentores do poder, obstaculizando a concretização do almejado bom governo.

Nesse contexto, os cidadãos, legítimos titulares do poder político, acabam por não participarem diretamente das escolhas administrativas e, conseqüentemente, não dispõem de informações suficientes para estarem em condições de exercerem controle social sobre as políticas públicas ante a falta de transparência ainda presente na gestão pública brasileira.

A ideia fundamental defendida no presente artigo é o direcionamento, tanto social quanto econômico e político, pelos sujeitos que representam o povo, ou seja, de um povo pelo próprio povo, haja vista que como a democracia representa o anseio do povo em busca de liberdade, igualdade e justiça social, o princípio da soberania popular deve agasalhar a democracia participativa, em que o cidadão exerce a soberania para além do voto.

É de suma importância, no atual cenário político-jurídico que o país vive, notadamente pelas cobranças da sociedade civil pela ética no manejo da coisa pública, refletir sobre as diretrizes para um bom governo, num contexto de sociedade polarizada.

MÉTODOS

O artigo foi norteado por pesquisas bibliográficas, leituras e fichamentos, de doutrinas e livros sobre o tema da Democracia, Constituição. Para alcançar os objetivos desejados, aplicam-se os métodos indutivo e dedutivo, sem prejuízo de, às vezes, discurso dialético. A pesquisa é do tipo aplicada, qualitativa, jurídico-exploratória e bibliográfica.

DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE COMO EXERCÍCIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

Quando emprestamos o conceito de “Estado Democrático de Direito”, entendido este como o produto do movimento constitucional que consagrou e trouxe ao texto os direitos fundamentais, ou seja, estamos a falar do constitucionalismo, a dignidade da pessoa humana ressurgiu como ponto de partida e, ao mesmo tempo, ponto de chegada.

Isso porque foram as arbitrariedades, as violações pelo regime militar durante mais de 20 anos no Brasil que fizeram necessária a positivação dos direitos fundamentais, tendo como fundamento maior a dignidade da pessoa humana, alçando o rompimento com o regime de exceção ao grau de bem jurídico maior.

Do contexto em que se arrastou o golpe de 1964, até o processo de redemocratização brasileiro – do início ao fim, é que extraímos os motivos que ensejaram a elevação da dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do nosso ordenamento jurídico como um todo. Com o início do regime ditatorial, fazem-se presentes as forças de resistência. Algumas delas em forma de movimentos armados. Fato que, segundo Thomas Skidmore (1988, p. 23), seria angariado por justificação pelos militares. Lança-se mão, então, do que viria a ser o Ato Institucional no 5, de 13 de dezembro de 1968. A ditadura militar sistematicamente passa a atuar em repressão aos tais movimentos de resistência, como forma de terror institucionalizado. Iniciava a era da tortura, do extermínio, do exílio de líderes políticos e de líderes sociais.

Prisões e demissões arbitrárias na esfera pública e privada passaram a ser rotina, assim como a cassação de direitos políticos, a censura, as execuções sumárias e o desaparecimento (SKIDMORE, 1988, p. 15).

Somente quatorze anos mais tarde, a denominada Lei da Anistia (BRASIL, 1979) trouxe luz ao processo deflagrador da tão sonhada redemocratização. Discutíamos, a partir de então, os “acordos” que caminharam às Diretas Já e, mais adiante uma Assembleia Constituinte, com muito custo originando a Constituição Federal de 1988. Consagrava-se o Estado de Direito Democrático brasileiro. Uma revolução em seu bom aspecto traduzido por Paulo Bonavides, citando Marx (BONAVIDES, 2015, p. 435), como a busca

retroativa de um desenvolvimento obstaculizado, quando a classe superior não pode e a classe inferior não quer prosseguir no velho sistema. Foi assim que se deu sagração da luta democrática, extinguindo-se os meios arbitrários e conformando-se juridicamente os direitos humanos no texto constitucional.

A respeito da conjuntura política do processo constituinte, defende Luís Roberto Barroso (2020, p. 270) “O processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia - saudável euforia - de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. “

Assim, a Constituição da República marcou a consolidação da democracia brasileira, de tal sorte que pelo contexto brasileiro atual faz-se necessário que os atores da sociedade civil até então marginalizados assumirem um papel ativo na sociedade, uma vez que têm a sensibilidade adequada para captar e identificar novos problemas sociais e, por meio de articulações, reatualizar agendas públicas, num governo efetivo do povo para o povo.

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O texto constitucional, além de implantar uma nova ordem jurídica no país, passa a ser figura central do sistema, dotada de forte carga valorativa. No chamado neoconstitucionalismo, seu papel primordial é de concretização dos direitos fundamentais. A Constituição assume valor não somente pela sua hierarquia, mas pelo seu significado axiológico.

Conforme leciona Hesse (1991):

A Constituição não é apenas a expressão de um ser. Ela é mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. A Constituição graças a sua pretensão de eficácia procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (HESSE, 1991, p.15).

Assim, pode-se afirmar que o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é a concretização dos direitos fundamentais, de forma que a Constituição deve ser entendida como norma jurídica central que vincula todos dentro do Estado, sobretudo os poderes públicos.

A partir dessas ideias, a Constituição Federal não deve ser ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário, reclama efetividade real de suas normas. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção: a dignidade da pessoa humana.

Mesmo porque na matriz dos direitos fundamentais em nossa Constituição Cidadã, está esse princípio. Pietro de Jesus Lora Alarcon, leciona:

Sobre o conteúdo jurídico do princípio, vale a pena apontar a teoria dos três graus do ser, exposta por Antonio Caso. Nessa teoria, a coisa, o indivíduo e a pessoa, são considerados patamares existenciais, sendo que a primeira é o ser sem unidade, pois se uma coisa quebra nada morre nela. O quebrar coisas nos dá coisas. Porém, ao tomarmos contato com o biológico nos deparamos com os indivíduos. E dentre os indivíduos, distinguimos o da espécie não humana, mas que apresentam potência vital e o da espécie humana. Este último é algo a mais ou representa algo a mais que um mero indivíduo, pois é uma pessoa, uma substância individual de natureza nacional. Como expõe Jose Manuel Panea: a dignidade é nesse sentido, um referente crítico, uma sorte de cânone, de medida. Algo que faz com que o ser humano seja merecedor de um tratamento devido, adequado e não de qualquer tratamento. A dignidade coloca assim, em posição de credores, se falarmos da nossa dignidade e de devedores, se falarmos da dignidade do outro. (ALARCON, 2011, p.269.).

Isso porque o neoconstitucionalismo, a partir da falência do positivismo jurídico, abriu espaço para o desenvolvimento de uma nova forma de interpretação constitucional, que busque a concretização das promessas da modernidade pautadas no texto constitucional. Nesse sentido FERRAJOLI ressalta que:

A Constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, mas para garantir os direitos de todos, inclusive frente à vontade popular. O fundamento de sua legitimidade não reside no consenso da maioria, mas em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos

vitais conferidos a todos, como limites e vínculos, precisamente, frente às leis e aos atos de governo expressos nas contingentes maiorias. (FERRAJOLLI, 2005, p.28.).

Para enfrentar o momento histórico assumido pela apropriação do capital financeiro e pela ordem internacional marcada pela globalização é preciso redefinir e consolidar a afirmação de direitos humanos numa perspectiva integral, local e intercultural. Isso porque não há como retirar dos seres humanos a titularidade dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere à dignidade da pessoa humana como objeto de proteção de tais direitos.

Isso porque o epicentro da organização constitucional gira em torno da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental explícito na Constituição, o qual vincula todos os outros direitos. Extrai-se daí que o núcleo essencial desses direitos é a dignidade da pessoa humana, sendo esta o centro do qual irradiam todos direitos fundamentais, conforme, aliás, também expõe Ingo Wolfgang Sarlet:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando nesse sentido, um complexo de direitos e deveres que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p.62).

Acrescenta Luís Roberto Barroso:

a Constituição de 1988 consolidou ou ajudou a promover avanços dignos de nota. No plano dos direitos fundamentais, a despeito da subsistência de deficiências graves em múltiplas áreas, é possível contabilizar realizações. A centralidade da dignidade da pessoa humana se impôs em setores diversos. (BRASSISO, 2020, p.69).

Assim, para a concretização dos direitos fundamentais é necessário construir (novos) caminhos na busca da concretização das promessas da modernidade plasmadas no texto constitucional. Isto implica continuar a acreditar na força normativa da Constituição e no seu papel dirigente e compromissário, para um bom governo do povo para o povo.

Isso porque a Constituição de um Estado é, e deve ser assim tratada, como o fiel depositário dos anseios sociais de um povo e de sua realidade no contexto histórico em que se dá. Não, porém, mero depositário sem efetividade ou sem os mecanismos necessários a essa concretização – notadamente dos direitos fundamentais, positivados estes nas Cartas constitucionais democráticas. Não dialoguemos em demasia com a sacralização da Constituição, como se evidencia na cultura estadunidense, nem mesmo à sacralização, por outra via, da lei como nos países da Europa (FAVOREU, 2004, p. 20). No entanto, é preciso conceituá-la num patamar evidentemente mais elevado que o das normas extraídas da legislação infraconstitucional. E isso, por claro raciocínio, a fim de mantê-la espectro de força normativa (CANOTILHO, 2014, p.48) e da rigidez necessária à garantia dos direitos do cidadão.

A CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA - O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma democracia só é plena se cada poder, no âmbito de suas atribuições cumprir sua missão, com pleno respeito às competências alheias, colaborando com a sociedade na construção de uma nação poderosa e estável institucionalmente. (TOFFOLI, 2018 p. 168)

Graças à Constituição de 1988, o voto não é apenas um direito fundamental, mas também cláusula pétrea, é direto, secreto, universal e periódico. Através do voto, elege-se os representantes do poder, dentre eles o Presidente da República.

O povo consagrou a vitória dos Presidentes: Fernando Collor, Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff e Jair Bolsonaro. Mas além desses mandatários, o Brasil possuiu mais dois, os quais não haviam sido eleitos para a Presidência da República. Itamar Franco e Michel Temer assumiram a Presidência, após as instaurações de procedimentos de Impeachment, o que resultaram na cassação dos mandatos de Fernando Collor de Mello em 1992, e Dilma Rousseff em 2016. (TOFFOLI, 2018)

Em uma democracia, o processo mais traumático que pode acontecer é a instauração de um procedimento de impeachment, o qual seguindo todos os seus ritos, ao final pode caçar o mandato do Presidente da República, além de ocasionar a polarização do povo. Conforme lecionam Levitsky e Ziblatt (2018, p. 115-116):

A polarização pode destruir as normas democráticas. Quando diferenças socioeconômicas, raciais e religiosas dão lugar a sectarismo extremo, situação em que sociedades se dividem em campos políticos cujas visões de mundo são não apenas diferentes, mas mutualmente excludentes, torna-se difícil sustentar a tolerância. Alguma polarização é saudável — até necessária para a democracia. E, com efeito, a experiência histórica de democracias na Europa ocidental mostra que normas podem ser sustentadas mesmo em lugares onde os partidos estão separados por consideráveis diferenças ideológicas. No entanto, quando as sociedades se dividem tão profundamente que seus partidos se vinculam a visões de mundo incompatíveis, e sobretudo quando seus membros são tão segregados que raramente interagem, as rivalidades partidárias estáveis dão lugar a percepções de ameaça mútua. À medida que desaparece a tolerância, os políticos se veem cada vez mais tentados a abandonar a reserva institucional e tentar vencer a qualquer custo. Isso pode estimular a ascensão de grupos antissemitas com rejeição total às regras democráticas. Quando isso acontece, a democracia está em apuros. (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 115-116).

Como a democracia representa o anseio do povo, com essa polarização resulta em um paradoxo para a plena da busca da liberdade, igualdade e justiça social, num contexto de boa governança.

Isso porque a boa governança reflete uma democracia substancial, espaço em que as decisões são adequadas e não corrompidas, e “consiste na exigência de um agir governamental baseado na transparência, responsabilização do governante, igualdade, legalidade, não discriminação e participação”. (CARVALHO, 2016, p. 761).

O conceito de bom governo é um legado de Platão (427 a.C.-347 a.C.), na Grécia Antiga, que idealizou um Estado cuja preocupação centralizava-se no bem-estar do cidadão e na ideia de justiça, ou seja, um Estado perfeito. Em sua obra *A República*, o filósofo enfrenta questionamentos acerca da essência da justiça. Adotando a técnica do diálogo, ele respondia à medida que os participantes iam traçando com objetividade a forma como a justiça se configurava na sociedade.

Adaptado à realidade do século XXI, o bom governo permanece com suas bases fincadas num sistema de democracia real e concreta, com ampla participação do povo nos rumos políticos de uma nação. A completa participação social justifica-se por incluir no centro de decisões os reais destinatários das políticas adotadas, entendimento segundo o qual a boa governança só se efetiva quando as práticas governamentais correspondem aos anseios sociais, num contexto de proatividade cidadã, em que o povo opina, assume encargos, beneficia-se e responsabiliza-se pelas escolhas políticas.

Dessa forma, como conciliar a polarização sistêmica atual, que fortalece os extremismos da direita que gladiam com os da esquerda e vice-versa? O que é cediço que nesse contexto, as vozes moderadas perdem poder e influência, simplificando a realidade social e os problemas reais da sociedade atual passam a ficar ocultados.

Para conciliar faz-se necessário desconstruir os ideais de democracia para reconstruir em face das necessidades emergentes que ficam ocultadas.

A sociedade civil organizada do novo milênio deveria compor-se de sujeitos que se relacionam em rede, em torno de valores, objetivos ou projetos comuns, de modo que espaços sociais democráticos de governança sejam criados com a expansão da participação cidadã e o aprofundamento da autonomia relativa de atores sociais em intervenção contínua e periódica que incorporam o verdadeiro sentido da participação democrática.

CONCLUSÃO

Alicerçado pelo regime democrático, o Brasil adota a democracia semidireta, cujo fundamento é a soberania popular e o respeito aos direitos fundamentais.

A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito é superar as desigualdades sociais pela via de um regime que concretize a justiça social.

Apesar de o impulso dirigente de uma sociedade ser a redução das desigualdades sociais a partir da justiça social, o que se tem verificado é que não basta a Constituição Federal dispor de uma extensa tábua de valores que devem ser respeitados pela vedação ao retrocesso se não houver uma atuação efetiva dos órgãos e poderes do Estado com o cidadão.

Nesse cenário, emerge um novo espaço político ligado à democracia participativa ou deliberativa, pressuposto para se alcançar um bom governo, já que o controle social, a deliberação e o processo participativo são indispensáveis ao entendimento do verdadeiro sentido da democracia como projeto coletivo de autogoverno.

Avançar nas conquistas democráticas a partir da polarização existente na sociedade é uma obrigação de todo cidadão consciente e mais ainda de políticos e parlamentares, no eixo da democracia deliberativa, já que a gestão participativa possibilita democratizar o gerenciamento de serviços fundamentais para o orçamento, como habitação, saneamento básico, educação e saúde, à medida que os cidadãos interferem e sugerem a distribuição de verbas orçamentárias.

É importante a participação do povo na vida política do país, do contrário estar-se-á contribuindo com o desvio de finalidade primordial da participação popular, qual seja, o povo interferir diretamente nas decisões políticas tomadas pelo país.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Ciência política, estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo - 9. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº26. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/emenda26-85.pdf>. Acesso em 27 jul. 2020.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 27 jul. 2020.

BRASIL. LEI Nº 6.683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979. Dispõe sobre: Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6683.htm. Acesso em 01 set. 2020

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. 30 anos da Constituição. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>. Acesso em 27 jul. 2020.

CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Gomes. Constitucionalismo Fundador. In: Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, André Ramos de. Curso de direitos humanos. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FAVOREU, Louis. As cortes constitucionais. Tradução de Duinia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio ANTONIO Fabris Editor, 1991.

LEVITSKY, Steven - ZIBLATT, Daniel. Como as Democracias Morrem. 1.ed. Zahar, 2018

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 5 ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2002.

SKIDMORE, Thomas. The Politics of military rule in Brazil 1964-85. Nova York: Oxford University Press, 1988.

TOFFOLI, José Antônio Dias. 30 anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições / organização José Antônio Dias Toffoli – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Luís Henrique Ramos Alves, Shirley Oliveira Lima Nomura

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: luishenriquer Alves@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho científico busca analisar a dignidade da pessoa humana, a qual possui previsão na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 1º, inciso III, sendo considerada como um fundamento da República Federativa do Brasil. É certo que o presente trabalho buscou demonstrar como a dignidade da pessoa humana pode ser utilizada como fundamentação das decisões judiciais proferidas pelos tribunais, em respeito ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e artigo 489, inciso II, do Código do Processo Civil. O objetivo do presente trabalho é realizar um estudo sobre a dignidade da pessoa humana, a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, a fundamentação das decisões judiciais, e, a dignidade da pessoa humana como fundamento das decisões judiciais. O presente trabalho foi desenvolvido através de um levantamento bibliográfico e jurisprudencial, utilizando-se livros, artigos e biblioteca virtual. Por fim, resultou-se que a dignidade da pessoa humana devido a sua grandeza pode ser utilizada como fundamento das decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade; Pessoa Humana; Decisão; Judicial; Fundamento.

THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AS THE GROUND OF JUDICIAL DECISIONS.

ABSTRACT

This scientific work has the intention of analyze the dignity of the human, that has the prediction on the Brazilian Constitution in its 1º article, indent III, been consider as a fundament of Federative Republic of Brazil. This work indeed sought to prove how the human dignity can be used as a justification of the judicial decisions delivered for the tribunals, in respect to the article 93, indent IX, from the Federal Constitution and the article 489, and indent II, from the Brazilian Code of Civil Procedure. The work intention is to accomplish a study about the dignity of the human as a fundamental right, the grounding on the judicial decisions and the dignity of the human as a fundament of the judicial decisions. This work was developed through bibliographic and jurisprudence survey, using books, articles and virtual library. In the end, it was resulted that the human dignity, because of its greatness, can be utilized as a base of the judicial decisions.

KEYWORDS: Dignity; Human Person; Decision; Judicial; Fundament.

INTRODUÇÃO

A Dignidade da pessoa humana encontra-se fundamentada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, a qual dispõe que a República Federativa do Brasil possui como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana. A dignidade pode ser conceituada como um atributo da pessoa humana, a qual consta a vida digna, os direitos individuais e coletivos.

É certo que a dignidade da pessoa humana possui uma ampla aceção, possuindo respaldo até mesmo pelos ordenamentos jurídicos internacionais, assim como, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Devido a sua importância fundamental para vivência digna do ser humano, e por ter uma ampla abrangência, questiona-se, se a dignidade da pessoa humana, pode ser utilizada como fundamento das decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário.

O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, dispõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as suas decisões sob pena de nulidade. Seguindo

essa linha de pensamento, o legislador infraconstitucional através do artigo 489, inciso II, do Código de Processo Civil, elencou como elemento da sentença, a fundamentação.

Sabedores que a carência de fundamentação de acordo com a Constituição Federal acarreta a nulidade da decisão, questiona-se, é possível utilizar-se da dignidade da pessoa humana como fundamentação? Através desta premissa, discorreremos sobre tal temática no presente artigo científico.

MÉTODOS

O Presente trabalho foi desenvolvido através de um levantamento bibliográfico e jurisprudencial, a respeito da fundamentação das decisões judiciais, utilizando-se como base e fundamento a dignidade da pessoa humana. Para tal, foram utilizados livros, artigos científicos, e, biblioteca virtual. Para o presente artigo foi se utilizado o método hipotético dedutivo, a partir da análise da legislação vigente e doutrina.

RESULTADOS

Findando-se as análises, concluímos que a dignidade da pessoa humana, pode-se ser utilizada como fundamento das decisões judiciais, proferidas pelo Poder Judiciário.

DISCUSSÃO

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A Dignidade da Pessoa Humana é um princípio constitucional dotado de extrema relevância para o Ordenamento Jurídico Brasileiro, tendo em vista que se trata de um princípio basilar que erradia por todo o ordenamento.

A conceituação do que vem a ser Dignidade da Pessoa Humana, possui uma certa dificuldade, pois, possui inúmeras características, e, é muito abrangente.

De acordo com Pedro Lenza (2019, p. 1051):

Em relação à dignidade da pessoa humana: a) os princípios, a despeito de sua indeterminação, possuem sempre um conteúdo básico; b) no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, esse núcleo é representado pelo mínimo existencial, conjunto de prestações materiais essenciais sem as quais o indivíduo se encontrará abaixo da linha da dignidade; c) tal mínimo existencial deve ser dotado de eficácia jurídica positiva ou simétrica, isto é as prestações que o compõem poderão ser exigidas de forma direta, mediante tutela específica.

A dignidade da pessoa humana possui fundamentação legal na Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III, onde preceitua que o fundamento da República Federativa do Brasil está solidificado no princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, podemos concluir que a dignidade da pessoa humana é a pedra fundamental de todo o ordenamento jurídico Brasileiro, devendo todas as normas infraconstitucionais observarem os mandamentos constitucionais.

Nesses termos, Ricardo Mauricio Freire Soares (2010, p. 149 e 150) discorre dizendo que:

Na atual fase do neoconstitucionalismo ocidental, o reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se afigura como um dos mais importantes pilares do conhecimento jurídico, com reflexos diretos no modo de compreender e exercer o paradigma dos direitos fundamentais dos cidadãos. Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a ser alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados. O princípio da dignidade da pessoa humana permite, assim, reconstruir semanticamente o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, potencializando a realização do direito justo ao oportunizar: a aceitação da

aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais; o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional; a inadequação dos conceitos de “reserva do possível” no constitucionalismo brasileiro; a aceitação da ideia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais; e a recusa à hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais.

Assim fica claro e inequívoco, que o princípio da dignidade da pessoa humana, pauta-se pela busca constante de uma via digna, do respeito aos direitos indivíduos e coletivos dos seres humanos, assim como, a suas decisões. É certo que, trata-se de um direito relacionado com a própria personalidade humana, visto que guarda correlação com os direitos da personalidade.

De acordo com Alexandre de Moraes (2016, p. 18) a dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como:

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.

Para entendermos um pouco mais a respeito da dignidade da pessoa humana, faz-se necessário uma breve passagem pelo seu contexto histórico. De acordo com Barroso (2016, p. 13), a dignidade da pessoa humana está ligada com a Roma antiga, com a Idade Média, e com o Estado Liberal. É certo que, em seus primórdios, havia uma seleção, sendo que a dignidade da pessoa humana era somente aplicada a quem ostentava um determinado *status* social.

De acordo com o autor acima citado, esse *status* social, guardava muita relação com alguns indivíduos e algumas instituições. É certo ainda, que até mesmo as posições políticas influenciavam na aplicação do referido princípio, assim como, as funções públicas exercidas, as realizações pessoas e a integridade moral das pessoas.

Atualmente, de acordo com a doutrina contemporânea, após o mundo passar por duas grandes guerras mundiais, a visão a respeito do tema, também sofreu grandes mudanças, sendo que certo que a dignidade passou a ser reconhecida a todas as pessoas, e passou a ser contemplada em vários tratados, leis e decretos, tudo com o intuito de proteger a pessoa humana.

Assim, Luis Roberto Barroso (2016, p. 18) irá nos ensinar que:

Ao lado dos marcos religiosos e filosóficos já identificados, existe um marco histórico significativo, que foi decisivo para o delineamento da noção atual de dignidade humana: os horrores do nacional-socialismo e do fascismo, e a reação que eles provocaram após o fim da Segunda Guerra Mundial. Na reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, a dignidade humana foi incorporada ao discurso político dos vitoriosos como uma das bases para uma longamente aguardada era de paz, democracia e proteção dos direitos humanos. A dignidade humana foi então importada para o discurso jurídico devido a dois fatores principais. O primeiro deles foi a inclusão em diferentes tratados e documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais, de referências textuais à dignidade humana. O segundo fato corresponde a um fenômeno, mais sutil, que se tornou mais visível com o passar do tempo: a ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra.

Muito se discute ainda, sobre a natureza jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a doutrina não é pacífica e unânime sobre tal temática, entretanto, devemos salientar que a dignidade da pessoa humana esta intrinsecamente ligada com os direitos e garantia fundamentais previstos nos artigo 5º da Constituição Federal, sendo considerada assim, conforme explica Barroso (2016, p. 64) um princípio jurídico com *status* constitucional.

Com efeito, ao tecermos algumas considerações a respeito do problema do significado e conteúdo da dignidade da pessoa humana, notadamente, no que diz com sua condição de princípio normativo fundamental, já estamos tomando partido (no sentido de assumirmos um compromisso) com os entendimentos que conferem à dignidade da pessoa humana a qualificação de norma jurídica fundamental de uma determinada ordem jurídico-constitucional e, se formos considerar a universalização da dignidade no plano internacional, de todas as Constituições dos Estados que se integraram nesta ordem. Não é à toa que, nesta perspectiva, se pode comungar da lição de Carlos Roberto Siqueira Castro, no sentido de que “o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano”. Aliás, neste contexto vem a calhar a afirmação de que, além da abertura (e, de certo modo, do diálogo) propiciado pelo amplo reconhecimento da dignidade como princípio também jurídico fundamental, está a se verificar uma expansão universal de uma “crença” na dignidade da pessoa humana, que também pode ser vinculada aos efeitos positivos de uma globalização jurídica (SARLET, 2015, P. 78, 79).

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

Como foi discorrido acima, a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional dotado de grande relevância para o nosso ordenamento jurídico pátrio, pois, é considerado como a base de todo o ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, muito se discute se o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser encaixado como um direito fundamental. É certo que o artigo 1º da Constituição Federal, em seu inciso III, dispõe que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil.

Cumpramos ressaltar, que de maneira expressa, não encontraremos a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, todavia, de maneira implícita, é possível constatar a presença da dignidade da pessoa humana, dentro dos direitos e garantias fundamentais previstas no artigo 5º da Constituição Federal.

Embora não esteja expresso como direito fundamental, a dignidade da pessoa humana, possui um *status* jurídico-normativo, a qual justifica a existência do ordenamento Jurídico.

Assim, Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 82 e 83) dispõe que:

Num primeiro momento – convém frisá-lo -, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto – tal como sinalou Benda – a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, nesse contexto, que a dignidade da pessoa humana constitui – de acordo com a preciosa lição de Judith Martins-Costa, inspirada em Miguel Reale, autêntico “valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”. Assim, antes de assumir a forma (jurídico-normativa) de princípio e/ou regra, a dignidade da pessoa humana assume a condição de valor superior (e fundamental) da ordem jurídica brasileira. Aliás, já por tal razão se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

Por fim, Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2018, p. 538) dispõe que:

Além disso, tem o condão de identificação de outros direitos fundamentais, não previstos no rol estrito dos artigos 5º a 17, da Constituição Federal. Ora, o próprio artigo 5º, §2º, da Constituição Federal prevê que o rol de direitos, ali presente, não exclui os direitos decorrentes de seus princípios e de tratados internacionais. Assim, “o principal critério para a identificação desses outros direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana. É esse critério que justifica que se concebam como direitos fundamentais, por exemplo, a fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, CF) e o meio ambiente (artigo 225), mas não o direito dos titulares de serviços notariais e registrais a manutenção dos seus cartórios (artigo 32, ADCT). Afinal, os primeiros têm

forte conexão com a dignidade humana, de que carece o último. Em síntese, devem ser considerados fundamentais os direitos que, conquanto não contidos no catálogo constitucional pertinente, representem concretizações relevantes do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda, Pedro Lenza (2019, p. 62), em seu livro chegou a dizer que a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como uma Princípio-Matriz, “Sob essa perspectiva, especialmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais”.

Sendo assim podemos concluir que a dignidade da pessoa humana possui um valor fundamental dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e, dia após dia tal princípio deve ser respeitado por todas as pessoas, assim como, por todas as normas infraconstitucionais, por de maneira implícita e doutrinária ser considerado como um direito fundamental.

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, possuem relevância ímpar para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Dentro do rol dos direitos fundamentais encontraremos um direito que possui alta relevância no ordenamento, que é a fundamentação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, a qual dispõe que:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

De acordo com o artigo 93, IX, fica claro que a Constituição Federal, busca assegurar a todos tanto no âmbito judicial como administrativo, a fundamentação de suas decisões. É certo que o princípio busca, garantir a transparência nos julgamentos e evitar as arbitrariedades na análise de um causa.

A Constituição Federal, como vimos no tópico acima, é o ápice do ordenamento jurídico, assim, como a constituição dispôs sobre a fundamentação das decisões judiciais, como reflexo o Código de Processo Civil Brasileiro, também dispôs sobre tal princípio, uma vez que em seu artigo 489, inciso II, preceituou que são elementos essenciais da sentença, os fundamentos, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

Nesse sentido, Fredie Didier Júnior, Paulo Sarna Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2018, p.362 e 363) dispõem que:

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado. A própria Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, estabelece que toda decisão judicial deve ser motivada e, fugindo um pouco à sua linha, prescreve norma sancionadora, cominando pena de nulidade para as decisões judiciais desmotivadas. Ainda, porém, que não houvesse disposição constitucional expressa nesse sentido, o dever de motivar não deixaria de corresponder a um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito. A regra da motivação compõe o conteúdo mínimo do devido processo legal.

Cumpramos ainda Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 1072) a qual dispõe que:

O relatório prepara o processo para julgamento. Contudo, antes de declarar a vontade concreta da lei diante do caso dos autos, cumpre ao juiz motivar sua decisão. Daí a necessidade de expor os fundamentos de fato e de direito que geraram sua convicção (NCPC, artigos 371 e 489, II). Na segunda etapa da sentença, portanto, “o magistrado, examinando as questões de fato e de direito, constrói as bases lógicas da parte decisória da sentença. Trata-se de operação delicada e complexa em que o juiz fixa as premissas da decisão após laborioso, exame das alegações relevantes que as partes formularam, bem como do enquadramento do litígio nas normas legais aplicáveis.

Sendo assim, a fundamentação das decisões judiciais, trata-se de um comando normativo constitucional, assim como legal, sendo certo que é um dever do magistrado especificar as bases lógicas da parte decisória, bem como, direito da parte litigante em saber no que se baseou a decisão jurisprudencial.

Após a entrada em vigência do Novo Código de Processo Civil, houve modificações no que diz respeito a fundamentação das decisões judiciais, sendo certo que o próprio código elaborou um rol exemplificativo de decisões que podem ser consideradas como não fundamentais, que está previsto no artigo 489, parágrafo 1º.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - Se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - Empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - Invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - Se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - Deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Assim, o artigo busca assegurar a concretização do mandamento constitucional e evitar que ocorra vícios na fundamentação que possam no futuro gerar uma decisão carente de fundamentação, a qual pode ser eivada pelo vício da nulidade, exigindo-se assim critérios mínimos necessários de justificação das decisões.

Por fim, de acordo com Didier, Braga e Oliveira (2018, p. 363) a exigência de fundamentação das decisões possui duas funções, a função endoprocessual e extraprocessual. A endoprocessual busca permitir as partes o conhecimento das razões que formaram o convencimento do magistrado. A extraprocessual busca viabilizar o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Após analisarmos o conceito de dignidade da pessoa humana, abordando as suas características e a sua natureza jurídica, assim como, as discussões sobre a possibilidade de ser considerada como um direito fundamental, e após analisarmos a fundamentação das decisões judiciais de acordo com o código de Processo Civil, chegamos ao ponto chave da discussão, qual seja, a dignidade da pessoa humana como fundamento das decisões judiciais.

A dignidade da pessoa humana, como vimos é um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, sendo considerado como basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse aspecto, atualmente discute-se muito a aplicação do referido princípio como fundamento das decisões judiciais.

Como visto, no item anterior, o Código de Processo Civil Brasileiro e a Constituição Federal, dispõem que é necessário que as decisões do poder judiciário sejam todas fundamentadas, sob pena de serem consideradas nulas.

Nesse aspecto, conseguimos ver que a dignidade da pessoa humana, tem sido utilizada como fonte de interpretações e integração de normas, devido, ao ser valor jurídico. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 103) dispõe que:

Do ponto de vista de sua dimensão objetiva impõe-se seja ressaltada a assim chamada função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que o mesmo serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais,

mas de todo o ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna – acaba por operar como critério material no âmbito especialmente da hierarquização que costuma ser levada a efeito na esfera do processo hermenêutico, notadamente quando se trata de uma interpretação sistemática.

Além de ser utilizado como fonte de integração e interpretação das normas, a dignidade da pessoa humana vem sendo utilizada como fundamento das decisões judiciais, proferidas pelos tribunais brasileiros.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 103 e 104) dispõe que:

(...) o fato é que, cada vez mais, se encontram decisões dos nossos Tribunais valendo-se da dignidade da pessoa como critério hermenêutico, isto é, com fundamento para solução das controvérsias, notadamente interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana, muito embora o incremento em termos quantitativos nem sempre corresponda a uma fundamentação consistente da decisão. Com efeito, não são poucas as decisões que apenas referem uma violação da dignidade da pessoa, sem qualquer argumento adicional demonstrando qual a noção subjacente de dignidade adotada e os motivos segundo os quais uma conduta determinada (seja qual for sua procedência ou natureza) é considerada com ofensiva à dignidade, o que, de certo modo, a despeito da nobreza das intenções do julgador, acaba, em muitos casos, contribuindo mais para uma desvalorização e fragilização jurídico-normativa do princípio do que para a sua desejável eficácia e efetividade.

Ainda, seguindo essa linha de raciocínio, Daniel Sarmento (2016, p. 79, 80 e 81) preceitua que:

Como fundamento da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana desempenha também um *papel hermenêutico* extremamente relevante, devendo guiar os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito.

Mas não é só nessa seara que a dignidade humana exerce o seu papel hermenêutico. Ela deve permear a interpretação e aplicação das normas constitucionais de todas as áreas, como as que tratam da organização do Estado, disciplina da economia, tributação, família etc. Maior do que isso, a dignidade deve se irradiar para todos os ramos da ordem jurídica – inclusive do Direito Privado –, impondo a releitura dos preceitos e institutos de todas as áreas sob as suas lentes. Como diretriz hermenêutica, a dignidade humana se prestou, por exemplo, para justificar uma ousada – e correta! – leitura pelo STF do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, que estendeu o instituto da união estável para casais formados por pessoas do mesmo sexo.

No campo hermenêutico, a dignidade da pessoa humana atua também como um importante *critério para a ponderação* entre interesses constitucionais conflitantes. Ela enseja a atribuição de um peso superior *prima facie* aos bens jurídicos mais importantes para a proteção e promoção da dignidade, e de um peso menor aos interesses mais afastados do princípio. Tal critério vem sendo empregado, por exemplo, para afirmar a sindicabilidade judicial de prestações materiais concernentes ao mínimo existencial, mas não contempladas em sede legal, o que suscita o conflito entre a dignidade e o princípio da separação de poderes

A aplicação da dignidade da pessoa humana como fundamento das decisões judiciais, pode ainda ser vista através das jurisprudências dos tribunais. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581 – RG/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, reconheceu que é lícito impor à Administração Pública, obrigação de fazer, impondo medidas de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, com a finalidade de dar maior efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, conseguimos ver claramente a importância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo certo que de acordo com a doutrina, bem como, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se ser utilizado como principal fundamento das decisões judiciais proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO.

Assim, podemos concluir, que a dignidade da pessoa humana, trata-se de um fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, sendo atualmente ligado aos direitos e garantias fundamentais, e considerado como um dos princípios basilares de todo o ordenamento jurídico.

Além disso, é certo que de acordo com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, as decisões emanadas pelo Poder Judiciário, necessitam serem fundamentadas sob pena de nulidade. Neste mesmo sentido, a legislação infraconstitucional em seu artigo 489, inciso II, do Código de Processo Civil Brasileiro, irá nos dizer que dentro os elementos essenciais de uma sentença, encontra-se a fundamentação.

Após essas análises, chegamos a conclusão, que obedecendo o que dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e o artigo 489, inciso II, do Código de Processo Civil, podemos utilizar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como fundamento das decisões emanadas pelo Poder Judiciário, sendo certo que tanto a doutrina quanto a jurisprudência estão inclinados a esta conclusão.

Por fim, é de se concluir que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além de servir como fundamento das decisões emanadas pelo Poder Judiciário, é, ainda utilizado para realizar a hermenêutica, interpretação, e, integração das lacunas existentes no ordenamento jurídico para se chegar a uma ampla efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02/08/2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01/08/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Apelação Cível. Ação civil pública. Determinação ao poder executivo de realização de obras em presídio. Poder discricionário da Administração. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Ministro Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 03/08/2020

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 4. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. ver. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, vol. I.** 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

A INTERVENÇÃO DO JUIZ NO INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Isadora Santos, Lucas Ferreira Furlan

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: isadora_s@outlook.com

RESUMO

O presente trabalho tem o condão de promover uma análise entre a figura do magistrado que intervém na fase investigatória e que seria chamado para ser o juiz sentenciante daquele mesmo feito, em paralelo a figura do juiz das garantias, introduzida pela Lei nº. 13.964, de 2019. O estudo objetiva aclarar as nuances que permeiam as duas situações supracitadas sob a ótica do princípio da imparcialidade e da Teoria da Dissonância Cognitiva.

Palavras-chave: Fase investigatória. Juiz sentenciante. Juiz das garantias. Princípio da imparcialidade. Teoria da Dissonância Cognitiva.

THE JUDGE'S INTERVENTION IN THE POLICE INVESTIGATION IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF IMPARTIALITY AND THEORY OF COGNITIVE DISSONANCE

ABSTRACT

The present work is able to promote an analysis between the figure of the magistrate who intervenes in the investigative phase and also can be the judge sentencing that same feat, in parallel to the figure of the judge of guarantees, introduced by Law no. 13,964, of 2019. The study aims to clarify the nuances that permeate the two situations mentioned above from the perspective of the principle of impartiality and the Theory of Cognitive Dissonance.

Keywords: Police investigation. Judge sentencing. Judge of guarantees. Principle of impartiality. Theory of Cognitive Dissonance.

INTRODUÇÃO

Ainda que seja encontrada implicitamente na Constituição Federal, exigindo a interpretação de alguns dispositivos da Carta Magna, a garantia da imparcialidade do juiz é princípio caro do Direito, razão pela qual é condição indispensável para que se assegure o devido processo legal. Por essa questão, é imprescindível destinar uma análise apurada sobre os mecanismos normativos e estruturais que buscam assegurar tal garantia. E, como consequência, para que se efetive, de modo pleno, a originalidade cognitiva do magistrado.

O Código de Processo Penal ora em vigência, guarda resquícios inquisitoriais. No atual modelo, o juiz que intervém, após requisitado, no inquérito policial acaba por ganhar o *status* de preventivo. Isto é, torna-se o juiz sentenciante. Tal cenário, ventila a possibilidade da quebra da imparcialidade do magistrado, além de ser deveras inadequado para com os moldes democráticos, visto que, a Constituição Federal adota em seu corpo normativo o sistema processual penal acusatório.

Nesse sentido, aliando-se a postura de diversos países democráticos, a fim de que se evite a atuação arbitrária do juiz durante a persecução penal, e destinado a aperfeiçoar o processo penal brasileiro foi sancionada a lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, intitulada como Pacote Anticrime. A referida lei oportunizou alterações salutares para o âmbito do Direito Penal e Processual Penal tupiniquim, como a conciliação do Código Processual Penal com a Constituição Federal no que tange ao sistema penal adotado pelo país, além de inserir a figura do juiz das garantias na fase pré-processual. Todavia, ainda não houve a implantação dessa última, dado que, por meio da concessão de liminar na medida cautelar nas ADIn's n.

6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, suspendeu *sine die* a eficácia da implantação do juiz das garantias e de seus artigos corolários (CPP, arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F).

E para a compreensão do presente artigo usou-se o método dedutivo, visto que por meio do raciocínio lógico, valeu-se do uso da dedução para alcançar uma conclusão proveitosa. E para facilitar o silogismo, buscou-se analisar informações a respeito do assunto através da sistematização de conhecimentos no âmbito do Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal.

METODOLOGIA

O presente trabalho é uma pesquisa descritiva. O método empregado foi o dedutivo, pois trata-se de uma técnica de análise de informações, que busca sistematizar os dados coletados. Para melhor compreensão, o trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas na área de Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal, e se valeu de livros e artigos científicos para obter-se uma conclusão acerca do assunto.

RESULTADOS

Os resultados auferidos com o presente artigo foram pertinentes. Ao passo que buscou-se contribuir com a análise e o estudo da postura adotada pelo juiz frente ao inquérito policial, em dois cenários, sob a perspectiva da importância do vínculo entre o princípio da imparcialidade e a garantia da originalidade cognitiva.

DISCUSSÃO

O assunto acerca da imparcialidade e da garantia da originalidade cognitiva do juiz é deveras oportuno para a seara penal. Isso porque na atual sistemática da persecução penal brasileira o juiz que intervêm na fase investigatória, nos termos do art. 83, do CPP, torna-se preventivo para o julgamento do caso. Tal cenário, corrobora para o debate se haveria a quebra ou não da imparcialidade do julgador ao ter contato com os elementos obtidos de forma unilateral pelo órgão persecutor. Além disso, a questão da necessidade do alinhamento do processo penal nos moldes da Constituição Federal deve ser levantada, posto que a legislação ordinária deve guardar compatibilidade com a Lei Maior do país.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Embora não haja previsão expressa do princípio da imparcialidade na Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que o próprio apresenta-se de maneira implícita em sua redação como uma espécie de liame que interliga princípios expressos na Carta constitucional. Os princípios da ampla defesa e o do contraditório (CF, art. 5º, LV), juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII) e o da motivação e publicidade dos atos processuais (CF, art. 93, IX), têm o propósito de assegurar a imparcialidade do julgador. E servem de base garantidora para que a ação seja conduzida nos moldes do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Além disso, a Carta Magna estabelece uma série de prerrogativas (CF, art. 95, *caput*), como também há previsão constitucional de vedação aos magistrados (CF, art. 95, parágrafo único), cujo objetivo é o de resguardar a imparcialidade do órgão julgador. A imparcialidade do magistrado, portanto, é *conditio sine qua non* de qualquer juiz.

No processo, o juiz assume posição de terceiro observador da relação formada entre o órgão acusador e o acusado, com base no princípio do contraditório, na qual evitará quaisquer interferências que possam prejudicar o seu absoluto desinteresse na causa. Assim sendo, deve adotar uma postura suprapartes, pois é um sujeito processual e não parte.

O juiz compromete-se a garantir a paridade de armas em ambos os polos a fim de que se tenha igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos, de modo que aprecie, integralmente, as versões apresentadas pelas partes, que dizem respeito aos fatos apurados. A postura de equidistância tomada pelo julgador é característica importante do princípio da imparcialidade que, nas palavras de Aury Lopes Jr., é “princípio supremo do processo”, dado que a sua inobservância representa enorme prejuízo na materialização de um processo penal justo e probó.

Ainda, a respeito do tema, é importante destacar que a imparcialidade subdivide-se em subjetiva e objetiva. A primeira, extraída do íntimo da convicção do magistrado, objetiva-se a impedir que o juiz coordene o processo apoiado em uma convicção pessoal estabelecida previamente em relação ao objeto do processo. A imparcialidade objetiva, por sua vez, pode ser examinada na própria postura adotada pelo órgão julgador, isto é, além de ser imparcial, o juiz deve aparentar tal imparcialidade à atividade jurisdicional. Intitulada como teoria da aparência, é orientada pelo adágio inglês *justice must not only be done; it must also be seen to be done*. Nesse sentido, se houver qualquer dúvida razoável e fundada em relação a parcialidade do órgão julgador, mesmo não havendo interferência subjetiva, irá legitimar o seu afastamento.

A postura de equidistância adotada pelo magistrado diante das partes possibilitará uma atuação jurisdicional objetiva, desinteressada, permitindo que haja um julgamento ilibado e que não favorece, com base em eventual simpatia ou antipatia, nenhuma das partes. Em outros termos, o que particulariza a imparcialidade é assumir uma postura desapassionada, trata-se de um desinteresse subjetivo no resultado do processo.

Sobre o assunto, Nereu José Giacomolli (2016, p. 280) leciona que ser imparcial:

“não significa ignorar as pretensões das partes, suas perspectivas e expectativas, mas outorgar confiança e segurança de um julgamento na qualidade de terceiro e não de parte, bem como evitar que seja proferido um julgamento com dúvida razoável acerca da parcialidade do julgador”.

E é dentro desse contexto que se discute sobre a importância do advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que instituiu a figura do juiz das garantias. Lei que, em tese, criou uma barreira intransponível, entre a etapa investigatória e a processual, cuja finalidade é salvaguardar a imparcialidade com dois juízes atuando no feito. E, por conseguinte, assegurar um julgamento ilibado.

O COMPORTAMENTO DO JUIZ FRENTE AO INQUÉRITO POLICIAL ANTES DA LEI Nº 13.964/19

Ao longo dos anos, no tocante ao direito processual penal brasileiro, a figura do julgador assume diferentes posturas quanto a sua atuação na fase da investigação preliminar. Essa mudança no modo de agir é reflexo do sistema processual que se adota. Em tese, todos os países optam, com base nas características que melhor lhe aprouverem, por um sistema de condução do processo penal, e que possuem traços próprios.

O Código de Processo Penal brasileiro, em vigência, foi elaborado no ano de 1941, durante a Era Vargas, e preponderava-se o entendimento de que havia adotado o sistema processual penal misto. Isso pelo motivo de que a fase do inquérito policial apresentava características inquisitoriais, e a fase processual acusatórias. E apesar de algumas reformas para auferir ares democráticos em seu texto legal, e assim tornar a persecução penal essencialmente acusatória, a sua base ainda conserva uma clara influência do modelo fascista italiano (sistema processual penal inquisitório).

Assim, ao passo que o Código supracitado esteja em vigência, e levando em consideração que a Constituição Federal de 1988 adote, implicitamente, o sistema penal processual acusatório, como se verá posteriormente, é oportuno mencionar que a maneira como o juiz controla o processo penal no Brasil é incompatível com a matriz acusatória constitucional. Além de estar desalinhado com os países democráticos de modo geral.

Tendo em mente que o Código de Processo Penal possui características inquisitoriais é interessante que se aborde tal sistema, pois o presente trabalho realiza algumas críticas a elas. O sistema processual inquisitório, nas palavras de Aury Lopes Júnior (2020, p. 55), é um sistema histórico. Isso porque, como apontado por Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 40), tal sistema foi adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, posteriormente se propagou e foi aplicado por tribunais civis até o século XVIII. Esse sistema é característico dos governos ditatoriais, tendo como principal particularidade a aglutinação de poderes, isto é, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se concentradas em uma única figura, conhecido como juiz-instrutor.

Desde a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, tem sido objeto de grande discussão a questão da gestão probatória nas mãos do juiz durante toda a persecução penal, uma das principais

características do sistema inquisitorial. Aqui, porém, trataremos apenas da gestão na fase do inquérito policial, característica considerada controversa porque vai de encontro a imparcialidade do juiz, elemento indissociável dos princípios constitucionais e infraconstitucionais.

A concentração de poderes na figura julgadora compromete a sua imparcialidade. Isso porque ao deter o poder de requerer a produção de provas, o juiz que atua no feito, na fase de investigação preliminar, acaba por ficar ligado psicologicamente ao resultado da demanda. Em outras palavras, conforme disposto no inciso I, do artigo 156, no Código de Processo Penal, o juiz poderá agir *ex officio*, ordenando a produção antecipada de provas, na investigação preliminar, consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Por esse ângulo, é inegável a figura do juiz-instrutor, e, conseqüentemente, parcial.

Além disso, ao passo em que assume a iniciativa de designar, de ofício, a realização de determinado ato investigatório, já pode ser considerado como um possível indicativo de que o juiz esteja com o intuito de confirmar alguma hipótese por ele levantada sobre os fatos. E essa atitude acaba por enfraquecer a ordem constitucional e a princiologia processual criminal.

Ademais, a nova redação dada ao artigo 156 do CPP, pela Lei nº 11.690, de 2008, nas palavras de Aury Lopes Júnior (2019, p. 142) apenas “maquiou o problema”, ou seja, quis dar ares de que o juiz continua como figura imparcial, ao fazer uso de:

[...] critérios vagos e imprecisos (necessidade e adequação para que e para quem?) e o manipulável princípio da proporcionalidade (que com certeza será utilizado a partir da falaciosa dicotomia entre o [sagrado...] interesse público e o [sempre sacrificável] direito individual do imputado...).

O juiz responsável pelos atos que exigem a sua autorização ou controle jurisdicional, irá intervir em caráter excepcional e contingente, por exemplo: para exercer o controle formal da prisão em flagrante, quebra de sigilo, busca e apreensão e medidas cautelares, ou quando o investigado estiver sofrendo restrições no seu direito de defesa. Quando solicitado a conduzir os procedimentos investigatórios, o juiz ganha *status* de preventivo (CPP, art. 83). Por corolário, será o magistrado sentenciante da causa.

Dentro desse contexto, observa-se uma certa concentração de poderes nas mãos do juiz em diferentes fases procedimentais. E esse controle pode degenerar-se em abuso. Além do mais, cria-se uma incerteza acerca da parcialidade ou não do magistrado. Dito de outro modo, na medida em que é admitido a atuação de ofício do juiz na fase investigatória da persecução penal, como é o caso do atual modelo brasileiro (lembrando que foi suspenso *sine die* a eficácia da implantação do juiz das garantias e de seus artigos subsequentes implantados pela Lei nº 13.964/19), torna-se deveras laborioso falar-se na manutenção da imparcialidade durante todo o processo penal.

Logo, observa-se que, invariavelmente, o juiz acaba por perder a objetividade e a imparcialidade no julgamento. A respeito do assunto, de acordo com Marcos Alexandre Coelho Zilli (2002):

(...) a atuação pessoal do Juiz, na busca por dados acobertados pelo sigilo, quebraria a integridade do processo penal acusatório, abraçado pelo legislador constituinte, notadamente por instituir a figura de um Juiz inquisidor, comprometendo, destarte, além de sua imparcialidade, a publicidade dos atos processuais.

Um outro ponto importante a ser levantado é a questão da presunção de inocência, que é um dos princípios basilares do Direito, e está relacionado à questão probatória no processo penal. Tal princípio, consagrado no Direito Brasileiro pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LVII, acaba por vezes sendo relativizado dentro da atual sistemática procedimental do processo penal. Nesse aspecto, ao formar, mesmo que involuntariamente, pré julgamentos, por ter contato com todos os momentos procedimentais, o juiz pode acabar restringindo a incidência de tal princípio caso se alinhe aos atos realizados pela acusação ou até mesmo se foi o responsável por autorizar alguma medida cautelar, por exemplo. Assim, diante desse cenário, o contraditório e a ampla defesa restariam prejudicados.

Com uma análise lógica até aqui, nota-se que a presença de apenas um juiz atuando durante toda a persecução penal corrobora para uma possível contaminação, e a conseqüente quebra da imparcialidade do julgador. Esse cenário é antagônico a matriz acusatória adotada pela Constituição Federal. E esse atual

modelo brasileiro precisa ser abandonado, visto que, o juiz entra na fase processual contaminado, pois detém um amplo conhecimento do caso. Destarte, o processo não gozará da mesma qualidade cognitiva com a versão da defesa, por exemplo. Dentro dessa perspectiva, apropriadas são as palavras de Cesare Beccaria (1764, p.11) onde conclui que “Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro”.

E, isso sugere no sentido de que, dar prosseguimento à persecução com o juiz que influiu no inquérito policial, com a ideia de que ele continuará atuando de maneira imparcial, beira o simbolismo. Isto é, apenas manteria a aparência de um devido processo legal, que não o seria na essência. Com efeito, a instrução é vista como sendo algo confirmatório de uma decisão que foi previamente tomada. Ademais, diante de um juiz parcial não haverá um contraditório genuíno, dado que não há igualdade cognitiva no que tange às condições da acusação e da defesa.

A REFORMA PROMOVIDA PELA LEI Nº 13.964/19

A Constituição Federal, de 1988, foi elaborada nos moldes de um Estado Democrático de Direito. Portanto, mesmo que de maneira implícita, adotou o sistema processual penal acusatório, pois assegura ao acusado o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LV), a presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII), estabelece uma série de prerrogativas e vedações ao magistrado (CF, art. 95) e atribui ao Ministério Público a titularidade de propor ação penal pública (CF, art. 129, inciso I). Nesse sistema, o juiz deve manter-se equidistante e imparcial, assumindo uma posição de passividade quanto à reconstrução dos fatos.

Contraopondo-se ao sistema inquisitorial, onde a gestão probatória se encontra nas mãos do juiz na fase do inquérito policial, no sistema acusatório a iniciativa probatória deve ser das partes. Além do mais, são características marcantes de tal sistema a efetiva distinção entre as atividades de julgar e acusar, e o juiz assume posição de terceiro imparcial (suprapartes), adotando a posição de sujeito processual desinteressado.

Como leciona Aury Lopes Júnior (2020, p. 58):

Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador. [...] é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive.

Nota-se, portanto, a incompatibilidade dos poderes instrutórios do julgador à luz da matriz acusatória da Constituição Federal. Outrossim, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, desde a década de 1980, vem debatendo tal questão, tendo consagrado o entendimento sobre ser incompatível o julgador deter poderes investigatórios. Ademais, segundo o Tribunal, o juiz das garantias exerce um papel de supervisão na fase investigatória, ficando alheio ao processo de instrução e julgamento.

Nesse sentido, a Lei n. 13. 964/19, conhecida como Pacote Anticrime, com a finalidade de aperfeiçoar e modernizar a legislação, trouxe importantes alterações legislativas no âmbito do direito penal processual brasileiro. Uma das mais importantes foi a inclusão do art. 3º-A, no Código de Processo Penal, que expressamente define que o Brasil adota o sistema acusatório, havendo a conciliação do respectivo Código com a previsão constitucional. Tal artigo apresenta a seguinte redação:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Ainda, a respeito do art. 3º-A, o mais interessante é que ele além de definir o sistema processual também impede que o juiz haja de ofício determinando a produção de provas na fase da investigação, que cabe ao órgão de acusação. Em outros termos, o artigo traz a separação entre a figura do julgador sentenciante daquele que será responsável por autorizar a produção de provas na fase do inquérito, e que conseqüentemente participará da investivação.

Aqui, é tempestivo lembrar que o Código de Processo Penal, antes da Reforma, adotava o sistema misto, dado ao modelo assumido nas duas fases da persecução penal dantes abordado. Atentando-se a

esse fato, após essa mudança supramencionada pelo Pacote, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, o que se adotou não foi um sistema acusatório puro, e sim o mitigado. Isso porque tal Reforma veda a gestão probatória do juiz na fase do inquérito policial, aquela que outrora poderia ser realizada pelo mesmo de ofício (característica do CPP antes da Lei nº 13.964/19). Mas “os poderes instrutórios do juiz do mérito da causa ainda persistem” (NUCCI, 2020, p. 42).

Destarte, estabeleceu-se a figura do “Juiz das Garantias” (idealizada pelo Senado, no anteprojeto da reforma do Código de Processo Penal em 2009), que nos moldes do art. 3º-B, *caput*, do CPP, compete, exercer na fase investigatória, o controle da legalidade da investigação criminal e a garantia dos direitos fundamentais.

Com efeito, quando devidamente invocado, o magistrado tem o dever de realizar uma análise, pormenorizadamente, das circunstâncias e condições para conceder as medidas cautelares. E para que haja a concessão ou não da medida, o juiz fará uso dos elementos obtidos, de forma unilateral, pelos órgãos persecutórios. Dessa maneira, tal figura não possui qualquer função instrutória, pois não apresenta postura inquisitória, isto é, não investiga e nem produz prova de ofício. Portanto, o juiz se posta de maneira inerte e “não como investigador do caso penal” (MACHADO, 2020).

A lei n. 13.964/19, oportunizou uma nítida separação entre dois momentos procedimentais: “investigação preliminar e recebimento da denúncia X instrução, debates e julgamento do caso” (MACHADO, 2020). Esse modelo, conhecido como “duplo juiz” (LOPES JR., 2020, p. 184) onde dois juízes distintos atuam no feito, tem por finalidade evitar a contaminação do juiz sentenciante.

Nessa lógica, o primeiro juiz será encarregado de intervir, quando invocado, na fase pré-processual até o recebimento da denúncia. Após, encaminhará os autos para o segundo juiz, que é incumbido a instruir e julgar. Esse, por não ter participado da primeira fase, decidirá a ação penal sem pré-julgamentos; assim, haverá o fortalecimento da estrutura dialética, e, acima de tudo, será garantida a imparcialidade do julgador. Ademais, será sustentado a “aparência de imparcialidade”, ou seja, as partes ficarão asseguradas de que o caso penal será iniciado e findado nos moldes do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

O instituto, ora em questão, não é uma inovação ou particularidade do Brasil. Isso pois, fazendo uma breve análise do direito comparado, observa-se que a figura do juiz das garantias já vem sendo adotado há muito tempo por países democráticos, tais como: Portugal, Itália, Paraguai, Colômbia, Chile, Uruguai e Argentina.

Todavia, embora seja previsto em diversos ordenamentos jurídicos, o juiz das garantias brasileiro possui características próprias que são objetos de grande discussão por quem é contra a instalação do instituto na seara penal nacional. A reforma promovida pelo Pacote Anticrime, de acordo com Aury Lopes Júnior, fez uma “construção híbrida”. Isso porque ficou estabelecido pelo legislador que será permitido a esse juiz a atuação na fase pré-processual até o momento procedimental em que decidirá sobre o recebimento da denúncia ou da queixa (art. 3º-B, inciso XIV, do CPP), nos termos do art. 399 do CPP.

Ainda, sobre esse último momento procedimental de atuação do juiz das garantias, no que tange ao recebimento ou rejeição da denúncia ou da queixa, caso o juiz receba, ele deverá citar o réu para que apresente resposta preliminar. Feito isso, o magistrado decidirá se absolve sumariamente ou não. No caso de não absolver, será marcada a audiência de instrução e julgamento. Após marcar a audiência, essa será realizada pelo juiz do processo que irá instruir e julgar sem estar contaminado, dando início ao segundo momento do procedimento na persecução penal.

Uma das críticas feitas a figura do juiz das garantias é que o prolongamento da sua esfera de atuação faria com que o juiz ingressasse, de certa forma, na fase processual, por exemplo, ao absolver sumariamente o acusado (indo de encontro com a própria característica do instituto conforme disposto no art. 3º-B do CPP). Além disso, tal atuação também poderia estender o tempo de duração dos procedimentos, aumentando a morosidade do judiciário. Para eles, a máquina do judiciário poderia ser atravancada tanto no sentido temporal das decisões quanto no aspecto de eventuais falhas em relação ao sentimento de justiça da vítima, por exemplo. Dessa forma, de modo figurado, a justiça poderia tardar e falhar.

Contudo, tal crítica perde força diante do fato de que a reforma promovida pelo Pacote evita sobremaneira a contaminação do órgão julgador, pois garante a originalidade cognitiva e a imparcialidade.

Dessa maneira, se o juiz sentenciante fosse o responsável por decidir sobre a absolvição sumária ou não, ele teria, via de regra, “que conhecer dos atos de investigação (do inquérito), prejudicando inclusive a previsão do parágrafo 3º do art. 3º-B” (LOPES JR., 2020, p. 193). Diante desse cenário, é forçoso afirmar que ao ingressar na fase referente ao inquérito policial e analisar os atos da investigação, haveria a poluição da cognição do juiz.

Isto posto, observa-se que a figura do juiz das garantias é crucial para que haja o aperfeiçoamento da persecução penal. Na medida em que esse instituto sai do plano abstrato e torna-se parte real e integrante do processo penal ocorre uma cisão funcional, isto é, um “realinhamento constitucional dos papéis (e lugares) de cada uma das agências penais à luz do paradigma processual acusatório” (MACHADO, 2020). Em suma, por força do art. 3º- D, *caput*, do CPP, o juiz que atuou na fase de investigação criminal ficará impossibilitado de atuar nas etapas seguintes do processo. E, imbuído dessa ideia, é possível considerar que com o juiz das garantias haverá uma melhora na “qualidade epistêmica da decisão” (LOPES JR., 2020, p. 193).

A QUESTÃO DA IMPARCIALIDADE E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Associar a imparcialidade com a figura do juiz que, devidamente solicitado, intervém na fase investigatória, tornando-se preventivo, e que conseqüentemente será chamado para julgar o feito, é, de certa forma, complexo. Isso porque o assunto não envolve algo prático, em que poderia se optar, ele envolve características que se encontram intrinsecamente atreladas a mente humana.

Acerca do tema, é interessante mencionar a teoria da dissonância cognitiva realizada pelo professor Bernd Schünemann. Através de uma pesquisa empírica, o jurista alemão procurou responder “se o conhecimento do magistrado acerca da investigação preliminar não acaba impedindo o processamento adequado das circunstâncias e provas do fato em apuração” (BRASILEIRO, 2020, p. 124). Isso porque, segundo Schünemann, há uma tendência, involuntária, que acaba por vincular o juiz no momento em que tem ciência dos autos da investigação preliminar.

Tal estudo indagou, através de um viés psicológico, o comportamento do magistrado quanto a sua cognição. Por meio da análise do comportamento humano é possível que se estabeleça a ideia de que seres racionais possuem a tendência de almejar, a todo momento, um estado de coerência entre as decisões que anteriormente foram tomadas por si mesmo. Partindo dessa premissa, para evitar o desacordo de opiniões e atitudes já formadas, o indivíduo desenvolve uma forma involuntária de agir, cuja finalidade é evitar incongruências.

A “originalidade cognitiva” (LOPES JR., 2020, p. 190) é uma garantia na qual pleiteia-se que o juiz criminal tome conhecimento do caso penal na fase processual, para que seja efetivamente imparcial. Destarte, a sua convicção será formada sem pré-juízos. E a sua percepção a respeito do caso será obtida a partir do momento que tomar conhecimento das provas que foram colhidas no contraditório judicial.

Por esse ângulo, Schünemann questionou até que ponto o magistrado seria capaz de manter-se desinteressado do caso ao ter contato com os autos do procedimento investigatório. Segundo o autor, deve ser observado se o contato do magistrado com a fase da investigação preliminar, decretando medidas cautelares (v.g., prisão preventiva, interceptação telefônica), teria (ou não) o potencial de colocar em risco a sua imparcialidade para conduzir a instrução e julgamento da ação penal. Para ele, há uma propensão involuntária do ser humano de perpetuar a decisão tomada por ele anteriormente, com o intuito de se evitar “a incidência de dissonância cognitiva” (BRASILEIRO, 2020, p. 124).

De acordo com o professor Bernd Schünemann, quanto maior for o envolvimento do magistrado na fase do inquérito policial, menor será a sua disposição e conseqüente interesse nas perguntas que são feitas pela defesa as testemunhas “e (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará” (LOPES JR., 2020, p. 191).

No tocante ao modelo brasileiro vigente, o juiz entra “na fase processual sabendo demais, excessivamente contaminado” (LOPES JR., 2020, p. 190). Dito de outro modo, o magistrado passa a julgar o feito com base em uma imagem mental pré-formada sobre o caso penal. Nesse sentido, a fase da instrução acaba por servir apenas para confirmar as hipóteses que outrora foram tomadas pela acusação na fase de investigação preliminar. Diante desse cenário, portanto, não há que se falar em um devido processo legal,

posto que, uma vez formada a imagem mental do juiz, voltada a acusação, dificilmente a defesa terá chances de obter algum sucesso no que tange ao caso penal.

Os resultados, do estudo de Schünemann, apontaram que há um comprometimento objetivo do órgão julgador, que vai de encontro a teoria da aparência que versa sobre a imparcialidade objetiva. Segundo o autor, há na psique do magistrado, mesmo que involuntariamente, a formação de uma imagem tendenciosa a respeito do caso penal. Tal imagem é apta para prender o juiz a determinada versão, via de regra, a formada com base nos elementos obtidos de maneira unilateral pelos órgãos persecutórios. Nessa lógica, o mesmo procuraria de toda forma comprovar tal versão no processo.

Ainda, para embasar a importância do instituto do juiz das garantias, cabe frisar que a decisão proferida na fase investigatória, com certa frequência, “apresenta uma ampla fundamentação e um juízo valorativo sobre circunstâncias do fato e do indivíduo” (BRASILEIRO, 2020, p. 122). Tal situação, não raras vezes, revela um convencimento pré-formado na faculdade mental do juiz. De maneira bastante sintética, o juiz, diante desse caso, não contaria com a imparcialidade que se deseja para julgar o acusado. Com efeito, seria ele proficiente para declarar inocente o réu após formar pré-convicção de sua culpa (quando decretou medida cautelar, na fase investigatória, por exemplo)?

Ora, se partirmos do pressuposto de que toda pessoa busca um estado de inalterabilidade cognitiva, isto é, uma condição que não seja discrepante de decisões tomadas como certas anteriormente, é nítido que, na sistemática do atual processo penal, o contraditório não se instalará. Nessa perspectiva, a tese da defesa geraria a criação de uma situação contrária a já estabelecida pela acusação. Por corolário, diante da dissonância cognitiva instalada, o juiz, a fim de evitá-la, se manteria inerte e selecionaria as informações apenas para tornar efetiva a decisão que antes já havia tomado.

Como dantes apontado, o juiz das garantias não é particularidade do Brasil. A título de exemplo, vários países já o adotam como: Portugal, Itália, Paraguai, Chile, Uruguai, Colômbia e Argentina. Cabe frisar, que tais Estados inseriram o instituto justamente para evitar a atuação arbitrária dos juízes. Dentro desse contexto, oportunas são as palavras de Ruiz Ritter e Aury Lopes Jr. (2020) acerca do tema:

Em suma, ou se permanece na fantasia infantil de que a jurisdição criminal brasileira é exercida por seres dotados de superpoderes — imunes a fenômenos naturais à condição humana — ou se admite a falibilidade das decisões e dos julgamentos humanos, sempre influenciados por pré-julgamentos e pré-conceitos, reconhecendo-se a imprescindibilidade do juiz das garantias para acabar com o *faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva* vigente no processo penal brasileiro.

Por fim, é importante ressaltar que há uma tendência a perda da imparcialidade do magistrado que tem contato com a fase preliminar e posteriormente atua como juiz sentenciante, ou seja, não está se afirmando que o juiz analisará e julgará o feito de maneira parcial. Em outras palavras, ao colocar a imparcialidade em dúvida, como leciona Daniel Kessler de Oliveira (BRASILEIRO, 2020, p.122), não se afirma que o juiz é corrupto. Contudo, ventila a possibilidade de que “elementos subjetivos estranhos aos autos possam estar influenciando significativamente o seu julgamento”, de maneira apta a retirar o *status* de terceiro imparcial.

CONCLUSÃO

Com base na análise do presente trabalho, é forçoso concluir que a garantia da imparcialidade do magistrado é condição imprescindível para que se assegure os princípios constitucionais e infraconstitucionais durante toda a persecução penal. Para tanto, é nítida a necessidade de que deve haver um aprimoramento efetivo na seara penal brasileira. Desse modo, será garantido um processo probo, ao passo que não exista qualquer quebra da imparcialidade do juiz durante as fases da persecução.

Ademais, é inevitável concluir que o modelo vigente de atuação do juiz como sendo o gestor da prova na fase investigatória precisa ser deveras abandonado (lembrando da suspensão *sine die* da implantação do juiz das garantias). Isso pois, tal intervenção é capaz de ligar psicologicamente o magistrado ao caso. Essa situação acaba por abrir margem a uma série de arbitrariedades, posto que há uma tendência a formação de imagem capaz de o prender a tese da acusação, por exemplo. Como consequência, a originalidade cognitiva do juiz é desmantelada, pois compromete a imparcialidade do julgamento.

Por essa lógica, o juiz das garantias é de grande valia para a seara do Direito Processual Penal brasileiro. Isso porque a persecução penal passará a ter uma separação nítida. Dentro dessa perspectiva, se no atual modelo há um único juiz responsável por presidir o inquérito e atuar no processo judicial, com a introdução da figura do juiz das garantias haverá dois magistrados, um atuando no inquérito policial e outro na fase processual. Tal figura oportuniza a garantia da imparcialidade objetiva ao passo que não contaminará, com a formação de pré-juízos, a fase de instrução processual.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz das garantias**. In: Processo Penal, Constituição e Crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda. Org: Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. Disponível em: <<http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>>. Acesso em: 02 de julho de 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 1764. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 30 de junho de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. **Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva...**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/juiz-garantias-fim-faz-conta#_ftnref3>. Acesso em: 21 de julho de 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Juiz das garantias: a nova gramática da Justiça criminal brasileira**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal#_ftn10>. Acesso em: 02 de julho de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17ª Edição. GEN-Forense, 2020.

SCHÜMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental**. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140>. Acesso: 04 de julho de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>>. Acesso: 21 de julho de 2020.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. 2002. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A SUA TUTELA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Samara Monayari Magalhães Silva, Andressa Rangel Dinallo

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: sa_monayari@hotmail.com

RESUMO

O propósito da presente pesquisa é analisar a evolução histórica dos direitos da personalidade, conquistados ao longo dos séculos, desde os primórdios da Grécia Antiga, Império Romano até os dias atuais, quando já consagrados na Constituição Federal do Brasil de 1988. Foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com o objetivo de realizar um maior levantamento bibliográfico nas principais bases de artigos, livros e doutrinas bem como a análise da Constituição vigente. Maior ênfase será dada à análise doutrinária dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional que tutelam os direitos da personalidade no art. 5º, e incisos e arts. 11 ao 21, do Código Civil Brasileiro que preservam os direitos da pessoa humana enquanto sujeito de direito. Para um melhor entendimento sobre os direitos da personalidade positivados no ordenamento jurídico brasileiro, os capítulos foram divididos em ordem cronológica desde origem naturalista até a atual concepção como princípios fundamentais tutelados na nossa Magna Carta.

Palavras chaves: Direito da personalidade. Evolução histórica. Direitos fundamentais. Tutela constitucional.

THE ORIGIN AND EVOLUTION OF PERSONALITY RIGHTS AND THEIR PROTECTION ON THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the historical evolution of personality rights, conquered over the centuries, from the beginnings of Ancient Greece, Roman Empire to the present day, when already enshrined in the Federal Constitution of Brazil of 1988. Greater emphasis will be given to the doctrinal analysis of the fundamental rights foreseen in the constitutional text that protect the rights of the personality in art. 5th, and items and arts. 11 to 21, of the Brazilian Civil Code that preserve the rights of the human person as a subject of law. For a better understanding of the rights of the personality established in the Brazilian legal system, the chapters were divided in chronological order from naturalist origin to the current conception as fundamental principles protected in our Magna Carta.

Keywords: Personality rights. Historical evolution. Fundamental rights. Constitutional protection.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta com um dos pilares basilares do Estado Democrático de Direito, instituído e consagrado no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna Brasileira. Trata de cláusula pétrea geral e orientação constitucional para o exercício da plena cidadania dos brasileiros, da soberania popular e a garantia de direitos protegidos de forma ampla e irrestrita.

Busca-se nessa pesquisa delinear a evolução histórica e a tutela dos direitos da personalidade que sustentam o ordenamento jurídico pátrio, consagrados nos art. 11 a 21, do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/02), que alterou a visão patrimonial do antigo Código Civil de 1916, nos moldes do texto constitucional, para preservação da dignidade de todo cidadão brasileiro. Através de uma releitura nas doutrinas e legislações ligadas às circunstâncias nos planos de Direito Privado e Direito Público, entendidos como direitos fundamentais e garantias individuais inerentes ao Estado Democrático de Direito, será

possível determinar o alcance dos direitos da personalidade humana, tanto no âmbito das relações particulares dos cidadãos civis ou públicas, conquanto direitos indisponíveis, intransferíveis, irrenunciáveis por seus detentores, e, em tese, absolutos. Isto porque, há doutrinas que entendem que os direitos subjetivos públicos podem ser relativizados para uma convivência pacífica da sociedade como um todo, como aqueles prestados pelo Estado à coletividade, como o direito à saúde, ao trabalho, à educação, à cultura, à segurança e ao meio ambiente saudável.

De tal feita que os direitos da personalidade são reconhecidos à pessoa humana para a defesa de valores inatos aos seres humanos como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos (BITTAR, 2008). Contudo, é preciso voltar no tempo para desenhar a trajetória dos direitos da personalidade quando se deseja analisar esses direitos no contexto da sociedade brasileira, do passado se chegará ao momento vivenciado na atualidade.

Como dito, os princípios basilares dos direitos da personalidade estão positivados no texto constitucional, especificamente, no art. 5º e incisos da Constituição Federal de 1988, e se traduzem como os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, dentre outros. E, se reafirmam como garantias individuais dos brasileiros e estrangeiros em todo Território Nacional.

Na presente pesquisa são abordadas as questões relacionadas às origens dos direitos da personalidade e seus aspectos históricos, assim como, as influências sofridas na Grécia Antiga, Roma, Idade Média e Contemporânea, que culminaram na formação e codificação dos direitos da personalidade tal como se conhece no ordenamento jurídico pátrio.

METODOLOGIA

Trata-se de um levantamento bibliográfico com a finalidade de analisar os valores e aspectos gerais dos direitos da personalidade através de um estudo profundo sobre o tema, partindo de uma revisão bibliográfica composta pelos principais autores e juristas da área.

Foram utilizados para a realização deste artigo, livros e doutrina, artigos de revistas especializadas, legislações, e demais documentos que se mostraram úteis e concernentes ao tema.

RESULTADOS

Os resultados obtidos pelo presente estudo auxiliarão sobre o debate acerca dos aspectos gerais dos direitos da personalidade.

Após tal apresentação, aborda-se de forma crítica os principais direitos da personalidade como a divisa ao exercício da liberdade de expressão são a privacidade e a intimidade, a honra e a imagem, os quais se encontram assegurada pelo art. 5º, X da Constituição Federal.

DISCUSSÃO

DAS NOÇÕES GERAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O objeto desses direitos encontra-se nos bens constituídos por determinados atributos ou qualidades físicas ou morais do homem, individualizados pelo ordenamento jurídico e que apresentam caráter dogmático. São direitos ínsitos na pessoa em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Daí são dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados, como intransmissibilidade e irrenunciabilidade, que se antepõem, inclusive como limites à própria ação do titular sobre a natureza dos direitos da personalidade (que não pode eliminá-los por ato voluntário, mas podem deles dispor, como por exemplo, no uso de sua imagem) (BITTAR, *op. cit.*, p. 5).

Logo, se trata de tema polêmico e complexo que aqui será abordado, com nuances no Direito Contemporâneo, se buscar a natureza e conceituação dos direitos da personalidade como aqueles inerentes à pessoa humana em suas características físicas, mentais e morais.

CONCEITUAÇÃO, CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÕES

Os principais direitos da personalidade que funcionam como limites ao exercício da liberdade de expressão são a privacidade e a intimidade, a honra e a imagem, os quais se encontram protegidos pelo art. 5º, X da Constituição Federal. O direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que é próprio,

como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc. É o direito subjetivo, convém repetir de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial (DINIZ, 2011, p. 133).

O conceito de personalidade não é unívoco, comportando diversas acepções, ora utilizado na linguagem corrente, pelas pessoas comuns, ora na linguagem técnica, pelos diversos ramos das ciências humanas. Na linguagem comum, personalidade é o modo de ser da pessoa. Para a filosofia, a personalidade é a condição ou maneira de ser da pessoa, a organização que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem, ou ainda, mais especificamente, a organização mais ou menos estável e duradoura do caráter, do temperamento, do intelecto e do físico de uma pessoa: organização que determina sua adaptação total ao ambiente. O caráter denota o sistema de comportamento conativo (vontade); o temperamento denota o seu sistema de comportamento afetivo (emoção); o intelecto, o seu sistema de comportamento cognitivo (inteligência); o físico, o seu sistema de configuração corpórea e de dotação neuroendócrina, sendo todos estes elementos mais ou menos estáveis e duradouros (DELGADO, 2005).

Na lição de Canotilho (2000, p. 387-390), se desprende que as expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista e universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico e institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. Para o ilustre jurista,

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa (CANOTILHO, 2000).

No Brasil, verifica-se a adoção do conceito de um direito geral da personalidade, ante a previsão da dignidade da pessoa humana como um direito constitucional fundamental, que permite ao ser humano a prerrogativa de desenvolver integralmente a sua personalidade. E, por estarem intimamente ligados à pessoa humana, eles são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, vitalícios e oponíveis *erga omnes*, estando devidamente positivados no art. 11 do Código Civil (GODOY, 2008, p. 20).

Os direitos da personalidade são um conjunto de direitos pertencentes à pessoa humana, que se apóiam sobre o terreno de um princípio que os acolhe e defende: a dignidade humana. Logo, direitos da personalidade, como bem indica sua denominação, são aqueles que decorrem da personalidade, preenchendo-a e conformando-a ao primado da dignidade da pessoa humana. Envolvem aspectos físicos e psíquicos, abrangendo, pois, a integridade corporal, intelectual e moral das pessoas, incluindo-se entre eles os direitos à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à liberdade, à privacidade, à imagem, à honra e ao nome, entre outros atributos. São, enfim, expressões jurídicas de projeções intrínsecas à própria pessoa humana e dos seus mais caros valores, que integram internamente a essencialidade mesma de um indivíduo, afirmam Ferrari e Faraco Neto (2012).

É certo que os direitos da personalidade dizem profundamente sobre a pessoa humana e sua dignidade e, no que tange a este preceito, é imprescindível se referenciar a Constituição Federal de 1988, a qual arrolou diversos direitos fundamentais, como no seu Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, garantindo a todas as pessoas a convivência digna, com liberdade e igualdade no Estado de Direito instituído.

Também, foram elencados, com suas peculiaridades no Código Civil Brasileiro, Capítulo II, arts. 11 ao 21, *in verbis*:

CAPÍTULO II DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Na verdade, o fato é, que reconhecidos como direitos inatos ou não, os direitos da personalidade se constituem em direitos mínimos que asseguram e resguardam a dignidade da pessoa humana e como tais devem ser previstos e sancionados pelo ordenamento jurídico, não de forma estanque e limitativa, mas levando-se em consideração o reconhecimento de um direito geral de personalidade a que se remeteriam todos os outros tipos previstos ou não no sistema jurídico. Assim, Por certo, a tipificação dos direitos da personalidade deve ser entendida e operacionalizada em conjunto com a proteção de um direito geral de personalidade (um e outro se completam). Quanto às características, da leitura dos dispositivos do Código Civil vigente, colacionados acima, se identificam três das principais do direito da personalidade: intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade.

Na lição de Godinho e Guerra (2013), por dizerem respeito à pessoa humana e ao resguardo de seus valores mais caros, os direitos da personalidade se revestem de características peculiares. Ao contrário de outros bens jurídicos, em regra amplamente transmissíveis, os direitos da personalidade não se desprendem do seu titular, eis que, sem eles, haveria um verdadeiro esvaziamento da personalidade e da dignidade humana. Os direitos da personalidade, portanto, traduzem a noção de preenchimento da existência dos seres humanos, sendo, como tal, atributos próprios do indivíduo, impassíveis de renúncia.

Tendo-se em conta as particularidades de que se revestem os direitos da personalidade, é possível delinear suas principais características, abaixo demonstradas:

a) inatos: em decorrência da própria personalidade individual de cada pessoa humana, por se tratarem de atributos inerentes à condição humana. Cabe a ressalva, contudo, da existência de direitos da personalidade necessários ou originários, que acompanham a pessoa desde o início da sua existência (tais como os direitos à vida e à integridade física), e os eventuais ou derivados, que dependem do advento de fatores futuros (como os direitos morais de autor, que só se manifestam, naturalmente, com o advento das criações intelectuais). Importa afirmar que os direitos da personalidade eventuais são tutelados tão logo se manifeste seu fato gerador. Quanto ao nome, por ser um dado atribuído depois do nascimento, mediante registro próprio, considera-se que originário é o direito à identidade pessoal, do qual o direito ao nome é evidente decorrência.

b) absolutos: sua abrangência é *erga omnes*, o que implica em dizer que eles impõem, por sua natureza e relevância, um dever universal de respeito e abstenção. São, neste sentido, direitos de exclusão – expressão cunhada não para estabelecer um afastamento do indivíduo do convívio com seus pares, mas para reafirmar que tais direitos merecem especial resguardo, protegendo-se o seu titular contra quaisquer intromissões não consentidas. Naturalmente, não se pretende tomar o termo absoluto por ilimitado, porque todo direito encontra limitações, em si mesmo e em confronto com direitos alheios – assertiva que prevalece até mesmo quanto ao direito à vida, bastando verificar as circunstâncias extraordinárias em que o próprio ordenamento permite que ela seja suprimida, como a legítima defesa e o aborto, nas circunstâncias excepcionais em que este é admitido (o que se dá, no ordenamento brasileiro, quando a gravidez decorrer de estupro ou representar risco à vida da própria gestante).

c) imprescritíveis: sua tutela não depende de prazo para ser exercitada, e mesmo que o legitimado, nada faça para defender mediante ofensas eventuais dirigidas contra tais direitos, não perderá o direito à sua proteção e à fruição das suas potencialidades. São direitos perenes, não transitórios. Não há prazo de caducidade relativo à titularidade dos direitos da personalidade, mas as pretensões patrimoniais decorrentes da violação destes direitos estão sujeitas aos prazos de prescrição estabelecidos em lei.

d) vitalícios: por acompanharem a pessoa durante toda existência, não se admitindo a privação em vida e em alguns casos, mesmo após a morte., dos referidos direitos. Entretanto, a necessidade de se tutelar os direitos da personalidade é tal que eles geram até mesmo reflexos *post mortem*. Cumpre destacar, ainda, a particularíssima situação dos direitos morais do autor, cujo resguardo produz efeitos *ad aeternum*, ainda que a obra tenha caído em domínio público (GODINHO e GUERRA, 2013).

e) extrapatrimoniais: independem da valoração pecuniária. Não podem ser avaliados pecuniariamente, ou seja, não se tratam de bens jurídicos destinados a satisfazer uma necessidade econômica e a compor o patrimônio material do seu titular. Cabe aqui, uma observação: certos aspectos dos direitos de personalidade comportam a celebração de negócios jurídicos de caráter oneroso, como se passa quanto ao direito ao nome ou à imagem. O que se deve observar, fundamentalmente, é que não se admite a patrimonialização ou comercialização do direito em si, mas meramente a autorização para que terceiros dele explorem certos aspectos de caráter patrimonial.

f) atípicos: não se sujeitam a um rol de direitos meramente positivados. Portanto, os direitos da personalidade, enquanto sujeitos a um regime social escolhido (*numerus apertus*), não podem ser restritos. É indispensável que sua amplitude seja compatível com o resguardo da pessoa em toda a sua integridade física e moral da sociedade onde esteja inserida. O rol dos direitos da personalidade não se limita apenas àqueles eventualmente previstos expressamente em lei, já que a necessidade de ampla tutela da pessoa reclama uma extensão que não deixe lacunas, sendo questão de política legislativa determinar quais, dentre os diversos direitos da personalidade, merecem consagração legislativa e regime jurídico expresso, sem que daí derive a exclusão dos demais (GODINHO e GUERRA, 2013).

g) intransmissíveis e irrenunciáveis: os direitos da personalidade são intransmissíveis porque cada pessoa é titular da personalidade civil, sendo impossível o seu desprendimento e, conseqüentemente, a cessão do direito em si, seja a título oneroso ou gratuito, ou por ato entre vivos ou *causa mortis*. São também irrenunciáveis, porque não se pode abdicar da sua titularidade sob pena de se provocar uma diminuição de tal sorte que venha a comprometer, em última instância, a própria inteireza da personalidade humana (GODINHO e GUERRA, 2013). Porém, se aceita que a pessoa estabeleça limitações ao exercício de qualquer destes direitos, sem que tal fato implique na supressão do direito em si.

Já para Bittar (*op. cit.*, p. 17), uma classificação sistêmica dos direitos da personalidade nunca será possível na doutrina, porque a evolução de tais direitos é contínua dentro da jurisprudência pátria. Mas, entende-se razoável a distribuição dos direitos da personalidade em físicos, psíquicos e morais. Os primeiros se referem à estrutura material humana (direito à integridade corporal e à imagem); os segundos, aqueles intrínsecos à personalidade (integridade psíquica como a liberdade, a intimidade e o sigilo) e os últimos são atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade onde está inserido (patrimônio moral: identidade, honra e as manifestações intelectuais). E, Fachin (2003, p. 102) complementa e detalha o pensamento acima esboçado e ainda divide os direitos, em privado e público. Logo, os direitos adquiridos podem ser examinados em relação ao Estado, e ingressam no campo das liberdades públicas, dependendo necessariamente de positivação. Enquanto os direitos inatos, por serem inerentes ao homem, consideram-se acima do direito positivo, devendo o Estado reconhecê-los e protegê-los, através das normas positivas.

Assim, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta. E, diante das diversas classificações doutrinárias delineadas, é notória a importância dos direitos da personalidade, tanto nas relações domésticas (privadas) como nas relações sociais com o Estado (públicas), pautadas sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado pelas legislações constitucionais e infraconstitucionais em observância aos direitos fundamentais. Por consequência, cabe ao Estado fornecer a devida proteção para que o seu exercício seja efetivo perante aos indivíduos e à sociedade com um todo.

INÍCIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Não é pacífico o entendimento quanto ao início dos direitos da personalidade por ser uma questão incomum aos pensadores da época, que só queriam esclarecer e delimitar o que seriam estes direitos, sua origem, natureza e categorização. Desde os primórdios da Grécia é possível encontrar questões atinentes à tutela da personalidade como a proteção de atos excessivos e indecorosos contra a pessoa. Também, há que se falar neste liame, da Roma Antiga, quanto aos direitos da personalidade, estes eram restritos àqueles que obtivessem os *status libertatis*, *status civitatis* e o *status familiae*. Porém, mesmo não sendo um completo reconhecimento e que não fosse estendido a todos, são etapas significativas à construção da ordem jurídica dos direitos da personalidade.

Nada obstante, uma maior jurisdição deve ser concedida às doutrinas germânica e francesa que se estendem em construção ao longo dos Séculos XVI, XVII, XIX e, por fim, o Século XX, afirma Tepedino (*apud Corso et al*, 2014). Neste intervalo, nasceu a ideia do direito de personalidade com um direito subjetivo, que não fora aceita em razão de que não poderia se admitir o direito do homem sobre a própria pessoa. Mas, tal assertiva não prosperou, houve o reconhecimento da personalidade como atributo ao homem, em razão disso, uma maior valorização do direito de personalidade como inerente à condição humana.

A ideia, doutrina ou teoria dos direitos da personalidade, surgiu a partir do Século XIX, sendo atribuída a Otto Von Gierke, a paternidade da construção e denominação jurídica. Porém, nas civilizações antigas já se delineava a proteção à pessoa. Em Roma, a proteção jurídica era dada à pessoa no que concerne aos aspectos fundamentais da personalidade como a *actio iniuriarum*, que era dada à vítima de delitos de *iniuria*, que poderia ser qualquer agressão física ou difamação, injúria e violação de domicílio (DIGESTO). Já a construção da noção de pessoa teve origem na Antiguidade, quando, na época clássica do Estado Grego e do próprio Direito Romano, o homem, anteriormente visto como simples indivíduo inserido no grupo social, passou a ser individualizado frente ao Estado, como ente dotado de personalidade e capacidade jurídica e, por essa configuração, merecedor de proteção jurídica.

DA PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE NA GRÉCIA ANTIGA

Na Grécia Antiga do Período Clássico, cada cidade-estado ou *polis*, como eram chamados os grupos de pessoas que habitavam uma localidade, traziam no seu ordenamento jurídico, o seu próprio estatuto. Eram protegidos os cidadãos livres e os chefes de família, que possuíam acesso às ágoras, assembleias e participavam de atos jurídicos. Os escravos, mesmo reconhecidos como pessoas, não possuíam direitos.

Ironicamente, o princípio da personalidade do direito nasceu do próprio Direito Grego, onde se diferenciavam a categoria personalidade da capacidade jurídica.

Szaniawski (2005, p. 24) ensina que, na Grécia antiga, as diversas legislações das cidades-estados já previam um princípio da personalidade do direito aplicável aos cidadãos, sobretudo nas relações cultivadas com cidadãos de outras cidades e com estrangeiros. Naquele tempo, a proteção da personalidade humana era exercida por meio da *hybris* – que representava uma cláusula geral protetora da personalidade de cada ser humano – e mediante a coibição da prática de violência contra a pessoa humana, notadamente pelas *aixias*. Essa proteção se lastreava em três ideias basilares: o repúdio à injustiça; a proibição de todos e quaisquer atos de excesso de uma pessoa contra outra; e a vedação de atos de insolvência contra a pessoa humana. Na Grécia clássica e pós clássica, o indivíduo inicialmente ocupava um lugar de destaque na ordem jurídica, mas foi perdendo esta proeminência com o passar dos séculos, até que, no século XIX, o direito passou a dar relevo ao aspecto patrimonial da pessoa. Entretanto, a concepção de um direito geral de personalidade tomou forças nos Século III e IV, a.C que representou o ápice da Filosofia.

Nesse sentido, o filósofo Sócrates delineava o homem como centro do universo, numa concepção científica ligada ao bem moral do homem, seguido por seu aprendiz Platão e seu pupilo, Aristóteles. E, nesse contexto, a proteção da personalidade humana era edificada em três pontos centrais, o primeiro elaborava a noção de desprezo à injustiça; o segundo proibia toda e qualquer prática de atos excessivos de uma pessoa contra outra e, por fim, terceiro que vedava a prática de atos de abusos indecorosos contra pessoa humana.

Para Sousa (1995, p. 45), não é demais relembrar, a marcante contribuição do pensamento filosófico grego para teoria dos direitos da personalidade, em vista do dualismo entre o direito natural (ordem superior criada pela natureza) e o positivo (leis estabelecidas pelos homens), sendo o homem a origem e razão de ser da lei e do direito. Nos dizeres desse autor, analisando a experiência grega, o homem passou a ser tido como origem e finalidade da lei e do direito, ganhando então, um novo sentido, os problemas da personalidade e da capacidade jurídica de cada homem e dos inerentes direitos da personalidade. Assim, foi se firmando a proteção da personalidade humana, criada por meio da tutela de violação contra a pessoa através da prática de ato ilícito como os de lesão corporal, difamação e estupro. Era a tutela da personalidade humana de natureza exclusivamente penal.

Somente a partir das obras de Aristóteles, os ideais de equilíbrio entre as pessoas e a consciência de que a lei quem tem o dever de manter a regular relação humana na sociedade (sempre em busca do bem comum), os direitos da personalidade começam a aflorar no coletivo social. Com base neste aspecto, inspirada pelos filósofos gregos, legitimou-se a existência de um único e geral de direito de personalidade em cada ser humano, estabelecendo uma cláusula geral protetora da personalidade para cada indivíduo representada pela *hybris*, ação judicial era punitiva de natureza penal para penalizar ultrajes ou sevícias sobre o indivíduo, explica Sousa (*op. cit.*, p. 405).

DA PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE NA ROMA ANTIGA

Em latim, a palavra *persona* significa máscara utilizada pelos atores teatrais, sendo esse termo empregado para designar à pessoa a condição de sujeito de direitos, como se fôssemos atores na sociedade, explica Venosa (2002, p. 138). Nasceram aí, as noções de personalidade para o Direito Romano, que não obstante o direito da personalidade tenha sido descoberto na Grécia Antiga, foram os romanos que elaboraram a teoria jurídica da personalidade. A expressão personalidade, para o direito romano, restringia-se aos indivíduos que reunissem os três *status* (*status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*). Para melhor discernir estes três *status*, uma lição de Sousa (*op. cit.*, p. 47), muito esclarecedora:

Quanto ao Direito Romano, cabe dizer, liminarmente, que, ao longo de toda a sua extensa história, os estatutos jurídicos das pessoas físicas foram extremamente diversificados. Só tinha plena capacidade jurídica, e conseqüentemente integrais direitos de personalidade, quem possuísse os três *status*: o *status familiae* (com a inerente qualidade de *pater familias*), o *status civitatis* (ou seja, a categoria de cidadão, que era desde logo negada aos estrangeiros e aos escravos e cuja plenitude muito custou alcançar aos plebeus) e o *status libertatis* (ou seja, a qualidade de pessoa livre, que era condição, embora não suficiente,

da cidadania). As demais pessoas apenas tinham direitos em função do peso específico de seu *status*. (grifou-se)

Dessa forma, para se ter aptidão para contrair obrigações e adquirir direitos, o Direito Romano exigia a comunhão dos três *status* na sociedade: o de ser livre, ser cidadão romano e a condição familiar. Ou seja, aquele que não pudesse dispor da liberdade, assim também, não iria dispor do *status civitatis* e *familiae*, mesmo sendo seres humanos.

Não adquirindo a liberdade, relativamente deixava-se de ser tido como um ser humano e passava então, a ser tratado como objeto de propriedade. De tal feita que, a inexistência da liberdade poderia vir do nascimento, quando o filho do escravo, já nascia escravo ou poderia assim, aderir o que eles denominavam de *capitis diminutio* máxima, um pressuposto de presunção para o devedor insolvente, para o ladrão (no caso de prisão em flagrante), e para o soldado desertor. E, além dessas havia duas outras hipóteses, para os prisioneiros de guerra e para a mulher livre que mantinha conjunção carnal, por ingratidão ao seu antigo dono (SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 31).

Ressalta-se que, naquela época apenas os cidadãos romanos tinham a capacidade jurídica plena, portanto, quem não era considerado cidadão romano nunca teria o *status civitatis* e, conseqüentemente, não teria a capacidade jurídica. Também, é sabido que os estrangeiros (*latini* e *peregrini*) que habitavam as colônias romanas eram segregados do lado de fora das muralhas das cidades e sua capacidade jurídica era restrita.

Portanto, todo cidadão romano tinha plenos direitos civis concedidos pelo *status civitatis*, ou seja, poderia votar e ser votado, ter comércio, propriedades, casar e além de possuir o direito de agir. E, a família romana era formada por um grupo de pessoas que respeitavam o chefe e o administrador da família chamado de *pater familiae*. Os demais membros que possuíam capacidade civil reduzida eram chamados de *alieni iuris*, sendo estes subalternos do *sui iuris*. O patrimônio constituído pela família romana era administrado pelo *pater familiae*, assim como, os bens do *alieni iuris* passavam a constituir o patrimônio familiar. E, apenas o *pater familiae* podia ser o titular dos direitos de propriedade, bem como ter a possibilidade de ser pessoa jurídica ativa e passiva no processo.

Dentre as várias doutrinas que tratam de Direito Romano se observa que, no período clássico, a definição de *persona* seria apenas qualificar o ser humano livre ou escravo. E, que havia outro termo que qualificava quem possuía maior ou menor graduação de direito subjetivo, *caput*, para ser humano livre ou escravo. Portanto, toda e qualquer pessoa era considerada *persona* e *caput*. Dentre vários conceitos de tradicionais civilistas, a figura do escravo não possuía personalidade, sendo apenas mera coisa de propriedade (*res*) de seu senhor, alguns estudiosos vêm no sentido de analisar novamente esta matéria (SOUSA, 1995, p. 57).

A tutela dos direitos de personalidade, propriamente dita, era feita por manifestações isoladas, em Roma por meio da *actio injuriarum*, afirma Tepedino (2004, p. 24): o Direito Romano não tratou dos direitos da personalidade aos moldes hoje conhecidos. Concebeu apenas a *actio injuriarum*, a ação contra a injúria que, no espírito prático dos romanos, abrangia qualquer “atentado à pessoa física ou moral do cidadão”. Ou seja, Roma tutelava a personalidade humana por meio da *actio injuriarum* que imputava real cláusula geral protetora da personalidade do ser humano.

DA PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE NA IDADE MÉDIA

Com o fim do Império Romano e o surgimento da Idade Média, houve uma profunda mudança na economia e na sociedade da Europa Ocidental. Após as diversas invasões germânicas ocorridas no Século V, era amplamente adotado naquela região, o Direito Alemão, com raízes no *Common Law* (direito costumeiro) que nenhuma modificação trouxera ao Direito Romano. Alguns países, como a França, a Itália e parte da Espanha, foram afetados pela adoção do Direito Romano paralelamente ao *Common Law* e do novo sistema político com valores próprios.

Sabe-se que, por volta do Século VII, era comum que o Monarca dividisse suas propriedades entre os herdeiros, o que fomentava a rivalidade entre os príncipes que buscavam por meio de guerras, o poder real, e muitos destes conflitos resultaram na ruína e enfraquecimento do clã. E, forte foi o abalo no Direito Romano, quando o rei não tinha mais o controle absoluto, passando o povo a depender de líderes locais,

guerreiros com o enfraquecimento de seus clãs. Somente no final do Século XI, renasce o Direito Romano praticado no Baixo Império Romano, com o surgimento da Escola dos Glosadores de Bolonha, que trouxe o poder que predominou na Europa até o início do Século XIX.

Contudo, os vários acontecimentos ocorridos na Idade Média após a queda do Império Romano até os dias atuais, reflete uma etapa que a cada avanço contém uma semente onde deu origem à compreensão atual da pessoa humana lesada na dignidade e na valorização como pessoa. Ou seja, desde então, o significado da expressão, pessoa e personalidade, vem em constante crescimento, passando por diversas mudanças e inspirações filosóficas.

Nessa seara se ressalta o posicionamento de Santo Tomás de Aquino, que afirmava que o princípio da individualização não transcorria da forma, mas sim da matéria. Considerava a individualidade com sendo matéria própria (*individua substantia*) sob o aspecto de que o indivíduo era uma substância individual constituída de certa dignidade, do qual a dignidade do ser humano é a razão.

DA INCLUSÃO DO DIREITO DA PERSONALIDADE NOS SÉCULOS XVI E XVII

Ao iniciar o estudo sobre a evolução dos direitos da personalidade durante os Séculos XVI e XVII, é importante mencionar que, na época, concomitantemente, ocorreu o enfraquecimento do feudalismo e o fortalecimento de muitos monarcas. E, assim, os sistemas jurídicos baseados nos costumes foram sendo incorporados aos ordenamentos locais que não tinham desenvolvimento no tocante às questões de cunho político, econômico e social. Portanto, o denominado Direito Europeu Continental, nasceu com o Renascimento do Direito Romano originado na Itália e expandido por todo o norte europeu. Mas, este segmento pouco foi adotado na Grã Bretanha, que constituiu seu próprio regime jurídico entre os anos de 1485 e 1832, sob a luz do sistema do *Common Law*, sendo este embasado em decisões unificadas de casos verídicos.

Além do Renascimento, outro importante marco ensejador é o Humanismo, tal qual, importaram na formulação e um direcionamento mais apurado sobre o direito geral de personalidade, nascendo conjuntamente às ideias de existência de um direito subjetivo, preceituado como direito geral de personalidade. De um lado tinha-se a Escola do Direito Natural, focada em desenvolver o humanismo antropocentrismo, neste seguimento, houve a compatibilização com a doutrina dos direitos subjetivos, por sua vez, distanciando-se cada vez mais o entendimento de poder e direito que era sustentado em uma concepção arcaica e medieval. O advento do Humanismo e do Antropocentrismo convocou filósofos para reflexões sobre a condição do homem como um ser que se relaciona entre si e cada indivíduo com a sociedade política e, ainda, as relações entre governados e governantes, na busca do ideal de justiça (SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 38-39).

Para o referido jurista, nas evoluções transcorridas à época dos Séculos XVI e XVII, é possível observar o direito de alguém sobre o próprio corpo, muito embora, a obsoleta percepção de que o corpo seria um mero direito de propriedade, já fora abandonada. É imprescindível ressaltar que, grandes conquistas parcelas referentes aos objetivos alcançados através das pesquisas, no estudo dos direitos da personalidade. Desenvolvidos um pouco mais adiante dos séculos supracitados, mas possuindo ainda seu ponto de partida no século XVII até o alcance do XVIII. Conclui-se então, as tutelas comprometidas com os direitos individuais e a dignidade da pessoa humana.

A formação da doutrina moderna em defesa do direito geral da personalidade constituída em meados do século XX, só é possível notar-se resquícios da proteção da pessoa humana ao final do século XVII na Inglaterra. Apesar da gama de países europeus adotarem a partir da Idade Média, o regime de governo da monarquia absolutista, a Grã Bretanha, por sua vez, incorreu contra os ditames adotados, proferindo como seu sistema a monarquia constitucionalista. O Parlamento, na constância dos Séculos XVII ao XVIII, significante força para exercer a representação do povo e controlar os exercícios de poder do Rei, por conseguinte, ao final do Século XVIII sedimentada de nominada a monarquia legal. Esses segmentos transportaram-se pela América do Norte, a qual adotou os ditames ali preexistentes, surgindo assim, a Declaração da Colônia de Virgínia de 1776, Declaração da Independência das Treze Colônias Inglesas de 04 de julho de 1776 e a Constituição de 1787.

Para Diniz (2011, p. 117) foi a Declaração dos Direitos de 1789 que estimulou a tutela dos direitos individuais e a valorização da liberdade do cidadão e da pessoa humana. Após a Segunda Guerra Mundial, em virtude das lesões à dignidade humana provocadas pelos regimes totalitários, percebeu-se a necessidade de proteger os direitos de personalidade, salvaguardando-os na Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas. Ressalta, entretanto, no âmbito do direito privado, seu progresso tem sido lento, embora tais direitos sejam tutelados constitucionalmente. Já para Szaniawski (*op. cit.*, 40), dentro da Europa Continental, a França teve papel de destaque para a criação da Declaração dos Direitos do Homem, cujos fundamentos têm origem na filosofia dos enciclopedistas Rousseau, Montesquieu e Voltaire, dentre outros. Isto porque, com a derrubada da monarquia absolutista dos Bourbons na Revolução Francesa de 1789, a Assembleia Nacional instituiu o Estado Liberal com base no Individualismo.

Também, outros importantes acontecimentos se sucederam, como exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão adotadas por Constituições de 1791, 1793, e 1814. Porém, o que merece maior preponderância é a Declaração promulgada pela Assembleia Geral da ONU, denominada de Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 19 de fevereiro de 1949.

DA DIVISÃO DO DIREITO DA PERSONALIDADE NO SÉCULO XIX

Durante o Século XIX, é possível expor que por derivações do Iluminismo e Jusracionalismo, foi constituída uma nova sociedade isenta dos preceitos medievais, onde prevalecia o pensamento racional, pois os pilares do Iluminismo são alicerçados na liberdade, na igualdade de todos os homens, na propriedade privada, no mercantilismo, na tolerância e liberdades filosóficas e religiosas. Desta forma, as denominações praticadas por parte do Estado eleva-se ao pensamento predominante da base jurídica, o Direito Civil foi formalizado e encorpado em um Código, e, também positivou ordens que objetivavam a tutelar a vida e as relações humanas. Mas, essa sistematização resultou em um excessivo regramento fechado e pleno, não deixando arestas, e por consequência, a excessiva fragmentação da razão individual.

Embora, duas fossem as correntes ou escolas, se destaca a Escola Histórica do Direito que atribuía o direito geral de personalidade como o direito que a pessoa possuía sobre ela mesma, também, há que se falar sobre o Positivismo Jurídico que tinha objetivo tornar o estudo do Direito, uma verdadeira ciência onde buscavam na jurisprudência, todos os preceitos em relação aos juízos de valor e noções metafísicas da Ciência Jurídica.

Na doutrina de Szaniawski (*op. cit.*, p. 42) se tem que, tal concepção instituía que, todo e qualquer indivíduo estaria autorizado a dispor de si mesmo livremente, podendo inclusive, lançar mão do suicídio. Diante desta visão pessimista e distorcida dos atributos da personalidade, a mencionada escola negava a existência de um direito geral de personalidade destinado à tutela da personalidade do ser humano. Tal escola ficou conhecida como Negativista.

Houve então, uma procura pela doutrina e jurisprudência em designar o que seriam os direitos de personalidade privados e os direitos de personalidade públicos. A definição apresentada pelos estudiosos da época seria que aqueles relativos ao âmbito privado se equiparavam aos de Direito Público, com pequena ressalva, pois esses eram aplicados quando houvesse conflito entre um sujeito privado contra algum atributo de personalidade do outro.

Inúmeras foram às tentativas na procura por classificar em exatas ordens os direitos de personalidade, porque a jurisprudência e doutrina estavam fomentadas com o reconhecimento o qual viria a ser atribuído a este ramo do direito, sendo uma real e verdadeira evolução aos direitos fundamentais os quais são inatos ao homem. Frente aos direitos de personalidade, estariam os direitos fundamentais do homem e do cidadão, que têm por objetivo proteger a pessoa, através da tutela do direito político, da ingerência ou atividade abusiva do Estado, limitando o poder do governo através da exigência de uma atitude de abstenção do mesmo (SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 47).

Destaca Bittar (*op. cit.*, p. 32), os primeiros textos legais sobre direitos de personalidade surgiram na doutrina alemã e suíça, mas, especificamente sobre direitos de personalidade, isoladamente considerados, as primeiras leis são a belga de 1866 e a romena de 1895, sobre os direitos de autor e ao nome. Além dessas leis específicas, alguns Códigos trataram do tema, a exemplo do Código austríaco

(1810), do Código português de 1867, do B.G.B. alemão de 1896, do Código espanhol de 1902 e do Código suíço de 1907.

No que tange aos direitos alemão, austríaco e suíço, durante o Século XIX, foi mantida seus ditames, embasados na aplicação do direito geral de personalidade, levando ao crescimento o preceito de que este ramo não poderia ser analisado sobre divisões, mas sim, com unanimidade e dispensando tipificações. Ressalta que, essa visão única e geral do direito de personalidade fora abalada, pois não havia proteção sobre aquilo que se denominava tutela da personalidade humana. Foi então, nessa época que houve uma ruptura com o Supremo Tribunal Reich, pois a Corte passou a entender que não havia no presente ordenamento civil, não sendo possível reconhecer a existência de um direito geral de personalidade, pois se apresentava contrário com a doutrina e jurisprudência do direito de personalidade.

DO SURGIMENTO DO DIREITO DA PERSONALIDADE NO SÉCULO XX

Devido às duas Guerras Mundiais, além de desestabilizar a economia mundial, passando por uma grande transformação, o sistema jurídico elaborado pelos pandectistas e pelos codificadores do Direito Civil, foram acelerados. A mudança dos Estados Liberais em Estados Sociais quebrando o sistema dos pensadores dos Séculos XVIII e XIX.

De tal feita que, a Constituição passou a normalizar as instituições jurídicas fundamentais, das quais pertencia a área do Direito Privado possuindo o intuito de preencher as lacunas deixadas pelo Código Civil. Simultaneamente, vem processando-se o fracionamento da matéria civilista em numerosos textos legais conquistando autonomia ou continuaram no âmbito do Direito Civil, disciplinadas por leis autônomas.

Com o surgimento da Constituição, as normas especializadas de conteúdo civilista se sujeitam aos princípios programáticos emanadas da Constituição. Logo, o Código Civil deve ser analisado sob o prisma dos princípios constitucionais, então, a análise diz que o Código Civil não se baseia somente nos valores patrimoniais individuais, ampliando assim, o seu poder aos valores existenciais e de justiça social. Ademais, as Constituições tinham a proteção da personalidade e a garantia da dignidade humana como especial tutela. Assim, o ser humano é colocado como o primeiro e principal objeto da ordem jurídica. Logo, o Direito tem no seu centro a pessoa humana, estabelecendo os primeiros valores nos princípios fundamentais, respeitando a dignidade do ser humano. Bendizer, o direito, independente de sua categoria jurídica se incorpora imutavelmente com o ser humano em sua dignidade e em seus valores, a este fenômeno dá-se o nome de repersonalização do direito.

Assim, o destinatário final da ordem jurídica é o ser humano, sendo protegida sua dignidade e desenvolvimento de personalidade. Fundamenta-se a partir deste pensamento o direito de personalidade, sendo um direito subjetivo de categoria especial de proteção ao ser humano. Ora, um direito de suma importância não deve apenas encontrar sua tutela no âmbito civil, devendo primeiro fundamentar-se na Constituição.

Assim, com o fim do Século XX e atual Século XXI, incluindo o direito geral de personalidade por meio da Constituição Federal de 1988 e normas infraconstitucionais, a verdadeira dimensão do direito de personalidade tem uma leitura da norma civil pautada à luz da Constituição Federal, não estando subordinada à ampla natureza dos direitos dos homens.

DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO PÁTRIO

É possível admitir o direito da personalidade em vários ramos do ordenamento jurídico pátrios. No Direito Público se encontra os fundamentos constitucionais que legitimam, no ordenamento jurídico, todas as relações jurídicas que envolvem os direitos da personalidade (art. 1º, III, CF) e, no Direito Civil, no Código Civil vigente, onze dispositivos (arts. 11 ao 22), num Capítulo próprio dedicado aos direitos da personalidade, supramencionados.

Para Bittar (*op. cit.*, p. 19), para que se possa falar da tutela dos direitos da personalidade, uma importância especial deverá recair sobre os fatos históricos na construção da teoria dos direitos da personalidade, a saber:

A teoria dos direitos da personalidade humana deve-se, principalmente: a) ao Cristianismo, em que se assentou a ideia da dignidade do homem; b) à Escola do Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondente à

natureza humana, a ela unidos indissoluvelmente e preexistentes ao reconhecimento do Estado; e, c) aos filósofos e pensadores do Iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo, frente ao Estado. (grifou-se)

Observa-se que, a partir destes pensamentos e acontecimentos, os direitos do homem ganharam força em frente ao Poder Público. E, no Direito Privado, elaboram-se Códigos, para que fossem reconhecidos os direitos do homem no âmbito público, ou seja, em frente ao Estado. Porém, não ganhou força no âmbito privado, mas para que tivesse força haveria de ter-se harmonia com o Direito Público, ganhando força o direito da personalidade nos fundamentos constitucionais e no privado.

Como visto, no Brasil, a tutela dos direitos de personalidade veio com a Constituição de 1988, onde surgiram diversos direitos fundamentais que protegem o ser humano. Merece destaque, art. 5º, CF/88, dos quais são direitos fundamentais à pessoa, e que para que sejam efetivos, se faz necessária a existência uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.

Defende Tepedino (*op. cit.*, p. 50) que, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral da tutela e promoção da pessoa, tomada como valor máximo pelo ordenamento. Para Bittar (*op. cit.*, p. 11), a tutela dos direitos da personalidade no Direito Civil, possuem várias características que servem para proteger o ser humano e é por essa razão que o ordenamento jurídico não pode consentir que deles se despoje o titular, emprestando-lhes caráter essencial. Portanto, para que a tutela dos direitos da personalidade adentrasse no ordenamento jurídico, foi de grande valia a proteção da pessoa humana trazida pela Constituição Federal de 1988, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana nos arts. 1º, III, e 5º, X, CF instituindo que: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ademais, em se considerando que os arts. 11 ao 21 do Código Civil de 2002, sobre os direitos de personalidade são exemplificativos e não taxativos, o novo Código mostrou-se tímido a respeito de assunto de tamanha relevância, dando-lhe reduzido desenvolvimento, preferindo não correr o risco de enumerá-los taxativamente e optando pelo enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência (GONÇALVES, 2011, p. 190).

Por derradeiro é possível afirmar que, para que sejam palpáveis esses direitos, apenas o Código Civil não irá proporcionar a tutela necessária no ordenamento jurídico, devendo este estar em concordância com a Carta Magna, da qual trouxe inúmeros fundamentos constitucionais em defesa da dignidade da pessoa humana. Assim, reafirmando a existência do direito de personalidade como inato ao ser humano do qual merece guarida pelo Direito Privado e o Direito Público, cabendo ao Estado defendê-lo com as peculiaridades que esse direito implica.

CONCLUSÃO

De todo o pesquisado, no tocante à origem e evolução dos direitos de personalidade, é possível concluir que ao longo dos séculos, o crescimento é estimula em conformidade com os interesses sociais, ou seja, à medida que evolui a sociedade, assim também caminha o direito. Novos direitos despontam a cada dia, o mundo digital é dinâmico, e se impõe sobre as legislações civilistas que, no fundo sempre se fundavam nos direitos de propriedade.

Necessário então, retomar ao preceito de direito de personalidade na Grécia, originário das das relações entre cidadãos de cidades-estados opostas, porém limitado ao direito geral de personalidade e edificado em três pilas principais, noção de justiça, proibição de atos excessivos contra pessoa e respeito aos terceiros. Outra importante influência veio de Roma, onde imperava uma noção peculiar, quando considerados sujeitos de personalidade, aqueles que possuíssem três pressupostos (liberdade, civilidade e família), em contrapartida, sem estes, seriam considerados escravos igualando-se aos objetos de propriedade (*res*).

Por conseguinte, tem-se na Idade Média, após a queda do Império Romano e a invasão dos povos germânicos na Europa Ocidental, o estabelecimento dos Direito Germânico e Romano. Com a queda do poder real e a fomentação de pensadores, iniciou-se uma evolução na busca da proteção da dignidade da pessoa humana, conquanto as legislações civis primárias já consagravam como direitos da personalidade. Também, se Ressaltam importantes marcos sociais baseados nos ideais de justiça e liberdade do Iluminismo e Humanismo que influenciaram e defenderam uma maior proteção à liberdade, à igualdade de todos os homens, à propriedade privada, o mercantilismo e a tolerância a liberdades filosóficas e religiosas.

Posteriormente, os direitos da personalidade através do Positivismo Jurídico foram divididos em duas ordens, apresentando características multifacetadas pertencentes aos ramos do direito público e privado. E, a partir das duas Grandes Guerras, os mundos econômicos e jurídicos, fortemente abalados, necessitavam rever seus valores positivados através do Direito Civil, conquanto as normas não correspondessem aos anseios das sociedades pós-guerra. De tal feita que, houve o afastamento do Direito Civil como ordem jurídica (baseada na autonomia da vontade) e o apogeu do Direito Constitucional, que trazia as normas e princípios do Estado de Direito vigente, através das constituições de cada país. Ou seja, através da intervenção estatal nas da vida privada, se fez possível instituir e sacramentar os direitos da personalidade enquanto direito fundamental.

Por fim, é de se concluir, a vital importância da atual Constituição Federal do Brasil, na consagração dos direitos da personalidade, tal como direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Sabe-se de fato, que esse rol é meramente exemplificativo. Novos direitos são conquistados a cada dia, cabendo então, aos operadores do Direito e doutrinadores, a missão soberana de sacramentá-los, como medida de justiça.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7. ed. Rio de Janeiro/SP: Forense Universitária, 2008. _____; BITTAR FILHO, Carlos. A tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000.

CARVALHO, Thais. A tutela dos direitos de personalidade das pessoas jurídicas nas redes sociais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8441/1/TAIS%20CARVALHO-Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. 28. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2011.

FACHIN, Zulmar Antonio. A proteção jurídica da imagem. São Paulo/SP: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Filho, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. 13. ed., São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2011.

GODINHO, Adriano Marteleto; GUERRA, Gustavo Rabay. A Defesa especial dos Direitos da Personalidade: Os Instrumentos de Tutela previstos no Direito Brasileiro. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 13, n. 1, p. 179-208, jan./jun. 2013 - ISSN 1677-6, Maringá, Paraná.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Parte Geral. v. 1., 19. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2011.

FERRARI, G. G.; FARACO NETO, P. A imagem como direito da personalidade e sua tutela jurisdicional. Anais do Universitas e Direito 2012, PUCPR, p. 81-102, Londrina, Paraná, 2012.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento: ensaio sobre um caso de 'constitucionalização' do Direito Civil. Coimbra, Portugal: Editora Coimbra, 2002.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 3. ed. São Paulo/SP: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro/RJ: Editora Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. v.1. 2. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2002.

A PSICOFOBIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Aline Hiromi Tanji Nagai, Ana Augusta Rodrigues Westin Ebaid

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: alinehiromy@gmail.com

RESUMO

A Psicofobia é um tema relativamente novo, após muitas lutas, e com a aprovação da proposta do projeto de Lei nº74, de 2014, passou a ser considerado como crime. Trata-se de preconceito ou discriminação praticada contra as pessoas que possuam algum tipo de transtornos ou deficiências mentais. A sua prática está presente em vários âmbitos sociais. O presente trabalho, tem a finalidade de apresentar a psicofobia sob a ótica da violação dos direitos humanos, trazendo uma melhor análise acerca das consequências que tais preconceitos podem causar, bem como, suas peculiaridades conforme cada doença e a importância da conscientização acerca do tema, através de uma ampla pesquisa jurídica, bibliografias, jurisprudências e aplicação do método hipotético-dedutivo. Analisamos as formas que este preconceito ocorre, e a importância do papel do Estado como garantidor dos direitos e da dignidade da pessoa humana, juntamente com o apoio da sociedade. Desse modo, conclui-se que há a necessidade da conscientização acerca deste preconceito e seus direitos, principalmente que transtornos é uma doença e não mero caprichos, pois é essencial o apoio social e dos familiares para o bom resultado dos tratamentos.

Palavras-chave: PSICOFOBIA, PRECONCEITO, DISCRIMINAÇÃO, CRIME.

PSYCHOPHOBIA FROM THE HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

ABSTRACT

Psychophobia is a relatively new topic, whereafter many struggles, and with the approval of the proposal of Bill nº74, of 2014, it is currently considered a crime. It is prejudice or discrimination practiced against people who have some type of mental disorders or disabilities. Its practice is present in several social spheres. This work aims to present psychophobia from the perspective of human rights violations, bringing a better analysis of the consequences that such prejudices can cause, as well as their peculiarities according to each disease and the importance of awareness about the theme, through extensive legal research, bibliographies, jurisprudence and application of the hypothetical-deductive method. We analyze the ways in which this prejudice occurs, and the importance of the State's role as guarantor of the rights and dignity of the human person, together with the support of society. Thus, it is concluded that there is a need to raise awareness about this prejudice and its rights, especially that disorders are a disease and not mere whims, as social and family support is essential for the good result of the treatments.

Keywords: PSYCHOPHOBIA, PRECONCEPTION, DISCRIMINATION, CRIME.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar e discutir acerca da psicofobia, que são os preconceitos que as pessoas com transtornos ou doenças psíquicas sofrem, direcionando a uma reflexão sob a ótica da violação dos direitos humanos.

O preconceito acaba por prejudicar o tratamento dessas pessoas, e muitas vezes por ser tão perversos, influência de certo modo, o suicídio. Ainda mais porque, diante dessas doenças psíquicas, os pacientes se encontram mais vulneráveis e propícios a isso.

Através dos estudos realizados, foi constatado a necessidade do apoio da sociedade, principalmente dos familiares e amigos, sendo de suma importância que haja a conscientização acerca dessas doenças, o qual, não deve ser ignorada e muito menos tratados como se fosse caprichos.

Após breve reflexão, o estudo em tela, tem por objetivo apresentar o conceito de psicofobia e como ela atinge de forma totalmente negativa, violando os direitos humanos. A sua importância reflete a discussão acadêmica de uma temática, que suscita aprofundamento e, conseqüentemente, possíveis soluções concretas, visando acabar com este tipo de preconceito. As sociedades, de maneira geral, não possuem conhecimento acerca deste tema. Trata-se de uma reflexão embasada em bibliografias diversas, fundamentadas em leis, jurisprudências e entre outros.

Cientificamente, é importante, pois nos remete a oportunidade de aprofundar o conhecimento acerca deste tema e ainda contribuir para que amplie espaço cada vez mais de maneira efetiva em relação as preocupações da comunidade acadêmica das ciências jurídicas.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada foi o método hipotético-dedutivo, ou seja, partindo-se do geral para o particular. Este artigo foi realizado através de levantamento bibliográfico, jurisprudências, legislações e também obras já publicadas.

A PSICOFOBIA E O CONTEXTO HISTÓRICO

O preconceito ou discriminação sofrido pelas pessoas que possuam algum tipo de deficiência ou transtorno mental não tinha um nome específico. Então, o humorista Chico Anysio, ao lutar contra esse tipo de preconceito sugeriu que fosse criado um nome para este preconceito. Este pedido foi atendido pela Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP), e em homenagem ao humorista foi estabelecido o dia 12 de abril como o Dia Nacional de Enfrentamento à Psicofobia.(fonte: <https://www.psicofobia.com.br/>).

A visão do deficiente mental surgiu com o Código de Hamurabi, por volta de 2100 a.c., e com o Papiro Terapêutico de Tebas, no ano de 1552 a.c., sendo possível encontrar referências na Bíblia, no Alcorão e no Talmud. (ASSUMPÇÃO; SPROVIERI, 2000, p.1).

Segundo os referidos autores, a sociedade espartana, sacrificavam aqueles que nasciam com algum tipo de deficiência, pois necessitavam de guerreiros com ótimo vigor físico. Não havia tratamentos adequados por não ser vantajoso para o Estado.

O significado da loucura eram diversos e perversos, sendo chamados de demônios a endeusados. (AMARANTE, 2007, p. 23). No ano de 1482, houve a publicação do “MalleusMalleficarum”, um manual utilizado para diagnosticar bruxas e feiticeiras, onde acreditavam que as pessoas com malformação assim era por terem algum vínculo com demônio, e diante disso, milhares de deficientes eram condenados à fogueira. (FRANCISCO B. ASSUMPÇÃO JR e MARIA HELENA SPROVIERI, 2000, p. 2 e 3.).

Segundo o autor supracitado, no século IX, foram criados hospitais islâmicos ao redor do mundo, com finalidade de exclusão social e sem possibilidade de assistência médica, e por conseqüência não havia caráter curativo.

No mesmo sentido menciona Amarante (2007, p. 22):

(...) O hospital, por mais estranho que isto possa parecer nos tempos atuais, não era uma instituição médica. Foi criado inicialmente na Idade Média como instituição de caridade, que tinha como objetivo oferecer abrigo, alimentação e assistência religiosa aos pobres, miseráveis, mendigos, desabrigados e doentes. E não era de se estranhar que um pobre e miserável mendigo não fosse também doente! Por isso, para denominar tais instituições religiosas, utilizou-se a expressão “hospital” que, em latim, significa hospedagem, hospedaria, hospitalidade.

Desse modo, mesmo com a criação de hospitais, não havia expectativa de cura ficando cada vez mais condenado à exclusão social. Após extenso processo, houve a transformação do hospital em instituição médica. Surgiu então, no século XVII, uma nova modalidade de hospitais, com a função de ordem social e política. Foi criado o Hospital Geral, no ano de 1656, pelo Rei de França. (AMARANTE, 2007, p.23).

O pânico das bruxas foi desencadeado devido a competição entre os católicos e protestantes. Com isso, muitos doentes eram torturados e condenados a morte, sendo muito comum o exorcismo e a

crueldade. No início da Idade Moderna, foram criados asilos para os doentes mentais. (MELEIRO, 2018, p. 30).

O sistema hospitalar psiquiátrico é semelhante as instituições carcerárias, devido ao sistema de punição e repressão. O estatuto do Hospício de Pedro II (Decreto 1.077, de 4 de dezembro de 1852) em seu artigo 32, consta os meios de obrigar os pacientes à obediência. Que são: abstenção de receber visitas, passeios e quaisquer outros recreios; restrição de alimentos, dentro de um limite estabelecido; colete de força, entre outros. (AMARANTE, 2007, p.31).

Nessa acepção, menciona Meleiro (2018, p. 30,):

(...) A situação das madhouses era terrível, e aqueles que nelas eram admitidos ficavam sujeitos a “teorias médicas que favoreciam a contenção, imersão em água gelada, cadeiras giratórias, fome para enfraquecer e outras ideias terríveis”.

Contudo, ressalta-se que diante desse tipo de tratamento realizado nos hospitais, os doentes mentais eram tratados de modo desumano. Somente no fim do século XVIII e o início do XIX, diante do avanço da consciência social e do conhecimento científico, houve reformas humanitárias para os cuidados desses pacientes, transformando-se assim em responsabilidade médica e também estatal. (MELEIRO, 2018, p. 32).

Acerca do descaso que ocorria nos hospitais, menciona Amarante (2007, p. 32):

Jamais me esqueço da história de uma mulher que foi presa em uma cela forte em um hospício e lá foi esquecida, a tal ponto que faleceu, de fome e frio! Tamanho era o descaso que, somente muitos anos depois, seu corpo foi encontrado, já petrificado. A silhueta mumificada indicava o tanto de sofrimento naquela mulher em posição fetal, em completo abandono. Seu crime era ser louca! Curiosamente a marca da silhueta não saiu com nenhum produto de limpeza, nem mesmo com ácidos. Ficou ali como denúncia e grito de dor (...)

Assim, conforme o autor supracitado, as pessoas que eram internadas por terem algum tipo de doença mental, sofriam um descaso tão grande que pacientes faleciam sem que ninguém notasse e quando alguém percebiam, os corpos já se encontravam em avançada decomposição.

ESPÉCIES DE TRANSTORNOS E SUAS PECULIARIDADES

Dalgalarrondo (2019) menciona as seguintes espécies de transtornos, são elas: Transtorno depressivo; Crise de pânico e transtorno de pânico; Síndromes maníacas e transtorno bipolar; Síndromes ansiosas; Anedonia; Demência e outras condições neuropsiquiátricas.

Segundo o autor supracitado, os sintomas da depressão são humor deprimido, pensamento de culpa e de inutilidade, humor deprimido, diminuição da concentração e também da autoestima, distúrbio do sono, e do apetite. (2019, p. 344).

A crise de pânico são agudas e intensas de ansiedade, juntamente com medo intenso de morrer, ou de perder o controle, com a sensação de falta de ar e náusea. (2019, p. 165).

Explica o autor que os sintomas da Síndrome Maníaca são de euforia, alegria, grandiosidade, irritabilidade, as vezes agressividade. (2019, p. 355).

As síndromes ansiosas são os mais frequentes. No caso da ansiedade excessiva, os sintomas são a angústia, preocupação, tensão, nervosismo e irritabilidade. Sendo comum a insônia, e dificuldade em se concentrar ou relaxar. (2019, p. 366).

Acerca da Anedonia, menciona o autor supracitado que se trata da perda total ou parcial de obter e sentir prazeres ao realizarem atividades ou em experiências da vida. (2019, p. 166).

As demências, na maioria das vezes, surgem após os 65 anos de idade, podendo ocorrer também entre os 50 a 65 anos. Os sintomas são além da perda da memória, pode ocorrer também alterações da linguagem, depressão, ansiedade e até alucinações (2019, p. 442).

DA NECESSIDADE DE VIVER EM SOCIEDADE

Todos os seres humanos tem a necessidade de viver em sociedade. Todos precisam dos outros, não conseguem viver sozinhos, principalmente para satisfazer suas necessidades, sendo alimentar, espiritual, como também de natureza material. Para tanto, é preciso que desde o início do ciclo da vida, aprendam a respeitar para que possa também ser respeitado. (DALLARI, 2014, p. 10).

Nos ensinamentos do autor supracitado, viver em sociedade é direito de todos, onde todos os seres humanos tem o mesmo valor, sendo injustificável o contrário, e a prática de qualquer espécie de discriminação é injusta. (DALLARI, 2014, p. 11)

A necessidade de viver em sociedade, justifica-se também pelo fato de que as pessoas necessitam de afeto, amar e sentir-se amada, ou seja, é uma necessidade da natureza humana. (DALLARI, 2014, p. 13 e 14)

Menciona o referido autor o exemplo de que se uma pessoa muito rica decidir se isolar em algum lugar, mesmo que armazene quantidade suficiente de alimentos, sofrerá uma tristeza solidão, podendo vir a enlouquecer por estar isolado por tanto tempo (2014, p. 14)

Acrescenta ainda que é preciso que a sociedade seja organizada com justiça para atingir a necessidade da pessoa humana. Sendo necessário que as pessoas saibam de seus direitos para então poder exigí-los, o respeito deve ser mútuo. Nesse sentido, menciona Dallari (2014, p. 18): “Todos os seres humanos têm o direito de que respeitem sua vida. E só exige respeito quanto a vida, além de ser mantida, pode ser vivida com dignidade”.

O paciente que tem algum tipo de deficiência ou doença mental já sofre diante do diagnóstico, e ser tratado com violência só irá piorar ainda mais a sua saúde. Assim diz Meleiro (2018, p. 28):

O “louco” inspira medo e, conseqüentemente, é vítima de toda sorte de agressões. Ser doente mental significa ter uma vida dura, brutal e curta em muitos casos. O estigma, o preconceito e o tabu que o cercam têm atravessado séculos.

Portanto, todas as pessoas devem ser tratadas com respeito. E a elas, devem ser garantido o direito de viver com dignidade. (DALLARI, 2014, p. 18).

IMPORTÂNCIA DO APOIO SOCIAL E FAMILIAR

Quando um filho é diagnosticado com uma doença mental, a família passa por uma desordem emocional, como se fosse uma crise de luto. Aquela visão de que seu filho é saudável e que terá todos os sonhos realizados vem à tona. Diante disso, é necessário que a família supere esse estado crítico primeiro para que então possa dar apoio a pessoa diagnosticada com essa doença. (ASSUMPÇÃO; SPROVIERI, 2000, p. 112).

A pessoa com doença mental ou transtornos necessitam de apoio de seus amigos e familiares para que o tratamento seja mais eficaz. Assim diz Nardi (1988, p. 14):

A família também deve participar do tratamento para que seja mais eficaz. A compreensão da família sobre depressão é fundamental e, o apoio desta ao paciente e ao tratamento pode diminuir psicologicamente o sofrimento do indivíduo. A forma de ajuda pode ser múltipla: confortando, alertando para determinados sintomas e observando a resposta ao tratamento. A visão do deprimido para tudo o que acontece ao seu redor, inclusive seus sintomas, está alterada e muitas vezes apenas familiares podem relatar com clareza e objetividade.

Existe um preconceito por parte da família quando se trata de transtorno de depressão. Nesse diapasão, diz Nardi (1988, p. 37):

O comportamento do paciente deprimido, que se isola, está sempre pessimista, irritado, triste, desinteressado, lentificado, angustiado, etc., vai aos poucos afastando dos familiares e parentes. Tanto o comportamento do paciente deprimido não é socializador, como também o da família, que não entende que a depressão é uma doença. Alguns familiares tratam os pacientes como se eles estivessem depressivos por causa da “má vontade” em colaborar, como se a depressão fosse apenas uma questão de ter ou não ter vontade de ficar bem. A depressão é uma doença como qualquer outra; e muito mais forte do que a vontade.

O apoio e a conscientização dos familiares acerca dos transtornos são fundamentais para obter um bom resultado nos tratamentos desses pacientes.

As pessoas não conseguem viver sozinhas, há uma necessidade de viver em sociedade, sendo importante o apoio social. Viver em sociedade traz benefícios materiais, espirituais e emocionais. Se sentir amado e respeitado aumenta a felicidade e conseqüentemente estimula o sentido da vida. (DALLARI, 2014, p. 14).

Acrescentai ainda (DALLARI, 2014, p. 62) para que possa atingir proteção dos direitos primeiramente é necessário que haja a conscientização dos direitos e a necessidade de defendê-los. Sendo necessário uma ampla e insistente divulgação, para que o maior número de pessoas venham ter o conhecimento.

A INTERPRETAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o principal direito fundamental garantido pela Constituição Federal. Embora o princípio da isonomia quanto o da proporcionalidade gera um equilíbrio, de nada adiantaria se desrespeitassem a dignidade da pessoa humana. (NUNES, 2018, p. 68). Sua previsão encontra-se previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Ao interpretar os direitos e garantias, o princípio da dignidade da pessoa humana é imprescindível.

Nesse sentido, diz Soares (2010, p.144):

Ademais, a objetivação da dignidade da pessoa humana implica que os direitos fundamentais funcionem como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional, que deve ser entendido em conformidade com a Constituição. Quando o operador do direito estiver diante de várias interpretações possíveis para uma norma, ele deverá optar por aquela que melhor se harmonize com a afirmação de uma vida digna.

Assim, conforme o autor supracitado, a dignidade da pessoa humana deve estar presente também ao interpretar a lei, buscando assim uma harmonização.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, constitui o fundamento de justiça, liberdade e paz do mundo. Surgiu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), e foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Somente após a atrocidade nazista é que gerou a preocupação e a consciência do dever de preservar a dignidade da pessoa humana. (NUNES, 2018, p. 71). Em consonância diz Alexandre de Moraes e Richard PaeKin (2013, p.108):

Essa ótica de exclusão do ser humano perdurou durante a dominação nazista e foi um terreno fértil para a ascensão da dignidade enquanto valor fundamental da pessoa. Desse modo, as más experiências da Segunda Guerra Mundial marcaram um novo momento histórico de reorientação das políticas internacionais em prol dos direitos humanos. Assim formou-se a noção de Direito Internacional dos Direitos Humanos, com base no Tribunal de Nuremberg, na criação da ONU e principalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A dignidade serve para todos de maneira abrangente, ainda que não se portem como mercedoras. Enquanto os enfermos fisicamente, psíquico ou fisiologicamente, raramente vivem dignamente, sendo lesados ou limitados. (NUNES, 2018, p. 73).

Nas palavras de Dallari (2014, p. 29):

Todas as pessoas nascem iguais em dignidade, e nada justifica que não sejam dados os mesmos direitos a todos. Todos têm igual direito ao respeito das outras pessoas, e nada justifica que não tenham, desde o começo, as mesmas oportunidades.

Para o início ao respeito da dignidade da pessoa humana exige-se que seja assegurado também os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, que diz:

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.

Embora o direito à vida seja mais importante que a garantia da dignidade, de nada adianta se não viver com dignidade, não podendo assim ser violado.

O ser humano é digno de respeito, o qual deve haver reciprocidade entre todos, pois respeitar o próximo significa compreensão da situação em que cada um se encontra, sendo a base de uma convivência humana na sociedade. (NUNES, 2018, p. 17).

É necessário buscar formas e meios necessários para a garantir a proteção dos direitos humanos. Devendo implementá-lo todos os dias, tanto como pelo Estado como também pela população em geral. Não é dever só do Estado, mas sim de todos nós. (SANTOS, 1998, p. 16).

INSERÇÃO NO LOCAL DE TRABALHO E A IMPORTÂNCIA DO APOIO SOCIAL E PSICOTERAPÊUTICO

Conforme o entendimento de Guimarães e Grubits (2004, p. 22), é fundamental que o trabalho seja decente, independentemente de se tratar de pessoas que possuem algum tipo de doença, transtorno mental ou os demais. Sendo que pessoas com problemas mentais já arcam com uma sobrecarga social.

Acrescenta ainda que, (Guimarães e Grubits 2004, p. 24) o trabalho decente é um mecanismo para que a economia mundial beneficie a todos. Para que haja o trabalho decente é necessário um local de trabalho saudável; entender que a produtividade e o rendimento possuem relação com o bem estar físico e mental; e impedir a discriminação contra as pessoas que possuem dificuldades de saúde mental, pois se trata de um direito fundamental do trabalho.

O assédio moral no ambiente de trabalho, juntamente com ameaças de dispensas, desencadeia ainda mais a depressão. Esta foi a decisão do Tribunal Regional do Trabalho, que manteve a sentença condenatória em desfavor da empresa em que a reclamante trabalhava. Trata-se de uma ação pleiteada em razão da reclamante sofrer humilhações decorrente de sua doença, ou seja, depressão e síndrome do pânico, onde seus superiores costumeiramente a dizia que se tratava de mera frescura e preguiça de trabalhar, o qual acarretou ao agravamento de sua doença. Por se tratar de fatos que ocorreram no local de trabalho, foi observado o artigo 21, I da Lei 8213 de 1991, que equipara também como acidente de trabalho o acidente ligado ao trabalho, o qual, mesmo que não tenha sido a causa única, tenha contribuído diretamente para a redução ou perda de sua capacidade para o trabalho. Reconheceu-se assim, o nexo causal entre o agravamento da doença e as condições de humilhação em que a reclamante foi submetida, mantendo a sentença que condenou a empresa ao pagamento do dano moral decorrido do assédio moral. Na decisão, o relator Paulo Regis Machado Botelho, enfatiza que restando comprovado o assédio moral sofrido pela reclamante, deve ser indenizada., conforme ementado:

ASSÉDIO MORAL. AGRAVAMENTO DE DOENÇA PREEXISTENTE. CONCAUSA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Restou configurado que o assedio moral sofrido pela reclamante no ambiente de trabalho, consubstanciado pela cobrança de metas, ameaças de dispensa e negligência da doença psicológica da obreira por parte do empregador, agravou, de forma demasiada, o quadro de depressão de que padecia, restando configurado o nexo concausal entre a atividade desempenhada na empresa e referida doença, razão pela qual deve ser indenizada pelo dano moral sofrido. (TRT 7 – Recurso Ordinário Trabalhista: 00025768220165070034, Relator: Paulo Regis Machado Botelho, Data de Julgamento: 30/09/2019, Data de Publicação: 01/10/2019)

Nesse sentido menciona Ana Maria Rossi (et al. 2013, p. 50):

Evidente, portanto, a existência de falhas quando abordamos o tema qualidade de vida no trabalho, as quais podem, para as organizações (empresas), parecer insignificantes, mas para o colaborador, são fundamentais ao desempenho das suas funções. Portanto, deve ser buscado equilíbrio, de modo a evitar problemas futuros, sendo certo que fissuras como estas podem comprometer e prejudicar sistemas, causando danos aos profissionais com doenças ocupacionais (como depressão, stress, entre outras), prejudicar a qualidade do serviço, e também comprometer a imagem da instituição pelos erros cometidos ou mal atendimento.

Os problemas mentais podem impedir que a pessoa continue a trabalhar, devido as próprias condições do trabalho. O resultado da economia depende da qualidade de vida das pessoas que dela fazem parte. Muitas pessoas que vão ao psicólogo ou psiquiatra demonstram sentimento de baixa autoestima, inadequação, tristeza e ansiedade. Se autodeterminam como sendo impotentes, inseguros, incapazes de resolver qualquer situação. (GUIMARÃES E GRUBITS, 2004, p. 22 e 23).

Neste contexto, há casos de suicídios em decorrência do estresse no local de trabalho, e quando isso ocorre, indica que não há solidariedade entre os trabalhadores. Após o primeiro caso de suicídio, acaba surgindo vários outros. Mesmo quando o fato ocorre fora do local do trabalho, o suicida deixa um bilhete mencionando o que o levou a cometer tal ato, o qual, na maioria dos casos, está vinculado ao trabalho. (CHRISTOPHE DEJOURS & FLORENCE BÈGUE, p. e 21 e 23).

São diversos os fatores de estresse que podem ser causados no local de trabalho. A sobrecarga somada com o baixo apoio social acarreta maior risco a saúde do trabalhador, estando relacionadas com estresse ocupacional, sendo necessário que haja a confiança entre os trabalhadores, a interação e apoio social emocional. (GUIMARÃES e GRUBITS, 2004, p. 32 ao 33).

No entendimento de Christophe Dejours e Florence Bègue (p.28) “O suicídio sobrevém então, geralmente, a uma desqualificação da contribuição, na esfera do trabalho, que o indivíduo oferece à empresa e do não reconhecimento de seu mérito pessoal.”

São três os fatores entre o suicídio e o trabalho. Sendo o primeiro, o estresse, que é capaz de trazer perturbações biológicas e psíquicas ao indivíduo. O segundo é a vulnerabilidades individuais, decorrente da sua infância. E o terceiro é “sociogenética” decorrente do trabalho somado com os constrangimentos sociais. (CHRISTOPHE DEJOURS & FLORENCE BÈGUE, p.26 ao 28).

Diante desses fatores, uma empresa que se preocupa com a saúde dos seus trabalhadores e oferece psicoterapia, seu rendimento se torna altíssimo. Através deste suporte é possível verificar que até os pequenos conflitos são resolvidos. Quando a empresa valoriza a felicidade do seu funcionário, conseqüentemente recebem um retorno através do resultado de desempenho e a sua própria imagem. (PIMENTA, 2020, não paginado).

Nos ensinamentos de Sasaki (2010, p.63):

Uma empresa inclusiva é, então, aquela que acredita no valor da diversidade humana, contempla as diferenças individuais, efetua mudanças fundamentais nas práticas administrativas, implementa adequações no ambiente físico, adéqua procedimentos e instrumentos de trabalho, treina todos os recursos humanos na questão da inclusão etc. Uma empresa pode tornar-se inclusiva por iniciativa e empenho dos próprios empregadores, que para tanto buscam informações pertinentes ao princípio da inclusão, e com a consultoria de profissionais inclusivistas que atuam em entidades sociais.

Os problemas que as pessoas carregam são uma mistura de problemas particulares com problemas surgidos no ambiente de trabalho, possuem dificuldades em saber lidar, muitas vezes nem percebem a sua causa. Conseqüentemente, se sentem infelizes comprometendo o seu rendimento no trabalho (GARCIA, 2015, não paginado).

A terapia além de ajudar quanto ao sentimento, também desperta a inteligência emocional quanto ao autoconhecimento de suas habilidades (PIMENTA, 2020, não paginado). Todavia, vai muito além, possibilitando até uma visão maior ao enxergar o mundo. A psicoterapia pode impulsionar novos passos, saindo da limitação. (GARCIA, 2015, não paginado).

Por conseqüência, as doenças que decorrem das atividades laborais são de responsabilidade do empregador. Os preconceitos sofridos pelo empregado, pode ser evitado através do poder de fiscalização atribuído ao empregador.

Nesse sentido, julgou o TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 4ª REGIÃO (BRASIL, 2016), (anexo:01):
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DOENÇA OCUPACIONAL. TRANSTORNO AFETIVO BIPOLAR. CONCAUSALIDADE. A responsabilidade civil do empregador por doença ocupacional depende da comprovação do nexos causal entre a moléstia e o trabalho prestado. No caso, a reclamante logrou comprovar o nexos de concausalidade entre a forma com que era tratada por colegas e por supervisores no ambiente laboral e

desencadeamento da patologia psiquiátrica da qual padece (transtorno afetivo bipolar com episódio depressivo, cumulado com transtorno do pânico), tendo em vista a omissão da empregadora em desestimular as condutas de tais colegas e supervisores em relação a autora, restando assim a reclamada obrigada ao dever de indenizar. (Recurso Ordinário nº 0020811-64.2014.5.04.0030, Oitava Turma, Tribunal Regional do Trabalho, Relator: Lucia Ehrenbrink. Julgado em 10/03/2016, publicado em 17/03/2016).

Conforme a jurisprudência, condutas perpetradas pelos colegas de trabalho, e até mesmo por supervisores, deve ser observada e desestimulada pelo empregador. Não só neste caso supracitado, mas também em relação a todos os empregados.

Não há qualquer justificativa para o desrespeito. Devendo prevalecer em todos os lugares e em todas as situações a integridade física, moral e também psíquica da pessoa humana. (DALLARI, 2014, p. 22).

REABILITAÇÃO E A INCLUSÃO SOCIAL

No entendimento de Pitta (2001, p. 19), reabilitação nada mais é do que um conjunto de meios de programas e serviços com objetivos de facilitar a vida das pessoas com limitações. Trata-se de uma vontade política, compreensiva, com meios necessários aos cuidados de pessoas vulneráveis.

Acrescenta ainda que no Brasil, ao falar sobre a reabilitação traz o sentimento de ira, amor e a necessidade de dinheiro. A ira se refere a indignação contra o cinismo quanto as políticas técnicas e sociais acerca da inclusão dos diferentes. Já o amor, é no sentido de que devemos ser amorosos e fraternos. Já o dinheiro, é necessário para suprir a falta de recursos.

É uma grande batalha que a sociedade entenda o direito da minoria e dos diferentes, e contribuam para extinguir de uma vez a exclusão social. Devendo conviver lado a lado com as diferenças.

Para Wernek (2009, p. 42):

Uma sociedade inclusiva tem compromisso com as minorias e não apenas com as pessoas deficientes. Tem compromisso com ela mesma porque se auto-exige transformações intrínsecas. Nesse processo, o movimento pela inclusão tem características políticas. Pretende alterar a estrutura constitucional do Estado.

A inclusão social é para todos porque não somos iguais, deve ser de forma incondicional. Há uma grande polêmica acerca dessa afirmação, pois, na prática não é tão simples assim.

Nas palavras da autora Wernek (2009, p. 57):

Enquanto se pensa na inserção de uma criança com deficiência leve e moderada na escola regular, tudo bem. Mas e quando se trata de inserir um adolescente com comprometimentos múltiplos e severos? Aí vem a justificativa de que aquele caso é uma exceção. Correto, mas então a equipe da escola não pode dizer que faz inclusão, porque a inclusão não admite exceções.

A busca pela inclusão é solitária e dolorosa. Por mais que duas pessoas vivenciem situações idênticas.

O ensino, a educação é o principal princípio, é o início de tudo. Todas as crianças podem e devem ser educadas. Portanto, é uma grande responsabilidade do profissional na educação de ensino, devendo assim respeitar também o ritmo do professor.

No mesmo sentido, acrescenta ainda a autora supracitada:

O professor do ensino básico é a principal figura na sociedade inclusiva. Isso é muito claro pra mim. Não adianta contemporizarmos: enquanto os cursos e as universidades que formam professores não tiverem como ponto de honra conscientizá-los de que alunos com deficiência são responsabilidade de todos os educadores, e não apenas do profissional que se interessa por educação especial, caminharemos feito tartarugas. (Cláudia Wernek, 2009, p. 61)

Segundo Wernek (2009, p. 62), quando se trata de inclusão nas escolas, o desafio é tanto para os professores do ensino regular como também para os especialistas em educação especial. Inclusão é normalizar, mas não no sentido de torná-la normal e sim permitir que as suas diferenças e necessidades sejam supridas pela sociedade.

Para a autora, quando se tratar de inclusão na área de educação, é importante que o aluno com necessidades especiais se sinta à vontade, em um ambiente menos restritivo possível, uma vez que, ninguém consegue aprender quando não se tem liberdade ou então não é valorizado.

Questiona ainda que o sistema educacional no Brasil reproduz a própria injustiça, sendo, portanto, incapaz de proporcionar a justiça social. Há omissão quando se trata de educar os alunos para tratar de forma mais éticas os seus semelhantes que são diferentes.

Segundo a autora, muitos profissionais estranham quando um aluno com necessidades educativas especiais é inserido em classe por idade cronológica, é o caso de um aluno de 14 anos ir para a 8ª série sem ao menos ter sido alfabetizado.

É comum nas escolas falarem com naturalidade sobre sexo, AIDS, drogas ou mortes, assuntos que eram considerados tabus. Da mesma forma deveria falar sobre deficiências e suas limitações, uma vez que tal conhecimento poderia até auxiliar os colegas de classe quando precisarem de socorro.

Entende Wernek (2009, p. 226) que:

Quem desde cedo aprende a lidar com a informação pratica a verdadeira prevenção de deficiência. Prevenção de deficiência não necessariamente pressupõe evitar a deficiência, mas sim lidar com ela.

Conforme supracitado, se faz eficaz o conhecimento de todos acerca da deficiência e suas peculiaridades para que assim possamos garantir a inclusão social e colaborar com a reabilitação na sociedade.

No dia 6 de julho de 2015 foi promulgado a Lei nº 13.156 de 2016 que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência, e entrou em vigor em janeiro de 2016.

A partir de então, conforme consta os artigos 3º e 4º do Código Civil, o deficiente mental possuem capacidade para praticar todos os atos da vida civil. (BRASIL, NÃO PAGINADO).

Este estatuto, possui a finalidade da inclusão da pessoa com deficiência, evitando a discriminação, garantindo a igualdade em condições de isonomia, conforme assegura a Constituição Federal de 1988.

DA NECESSIDADE DA PROTEÇÃO ESTATAL

Importante ressaltar que não se utiliza mais a nomenclatura portador de deficiência, de acordo com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas (ONU), é totalmente inadequado este termo, sendo o correto, pessoa com deficiência.

O artigo 203, inciso IV, da Constituição Federal traz a seguinte redação:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

Sendo, portanto, dever do Estado de promover a inclusão e reabilitação das pessoas com deficiências. Embora haja esta previsão constitucional, a realidade é outra.

Conforme menciona Ivanir Ferreira (2019, não paginado), de 2.511 crianças analisadas em estudos, 652 foram diagnosticadas com ao menos, um tipo de transtorno mental. Esses dados são resultado de uma pesquisa realizada por meio de entrevistas dos psicólogos juntamente com os pais biológicos dessas crianças.

Acrescenta ainda que quando a doença é diagnosticada no início, sendo possibilitado o tratamento correto, evita o seu agravamento. Sendo que, muitos pais diante da falta de informação, não buscam tratamento por temor de que os seus filhos sofram algum tipo de preconceito.

Antônio Carlos Fernandes (et al. 2015, p. 1019), menciona que no Brasil, com o decorrer do tempo, após muitas lutas, preconceitos e sofrimentos, houve algumas conquistas, protegidas por leis (Lei nº 4.024 de 1961; 5.692 de 1971; 7.044 de 1982 e 7.853 de 1989). Porém, na prática a realidade é outra, como exemplo o acesso e a permanência do deficiente no ensino.

Determina o artigo 205 da Constituição Federal que a educação é direito de todos, sendo incentivada com a colaboração da sociedade, sendo dever do Estado e da família. (BRASIL, não paginado). A resolução do CNE/CEB nº 2/2001, trata da educação especial, determinando que as escolas do ensino regular matriculem todos os alunos em classes comuns.

Como punição as escolas que negarem a matrícula do aluno com deficiência está previsto no artigo 8º da Lei 7.853/ 89, que diz o seguinte:

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa:

I - recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência;

Embora haja esta previsão legal, ainda assim, muitas escolas negam matrículas ao aluno com deficiência. Quando se trata de inserção de uma criança na escola que possua algum tipo de deficiência leve e moderada é mais simples. O problema surge quando por exemplo se trata de um adolescente com comprometimentos múltiplos e severos, onde a justificativa é que se trata de uma exceção. (WERNECK, 2009, p. 57).

Diante disso, mesmo que se trate de uma exceção, não há que se falar que a equipe de tal escola faz inclusão, pois para isso, a inclusão deveria ser para todos os tipos de deficiência, sendo ela moderada ou mais severa.

Nas palavras de Wernek (2009, p 144): “é impossível acabar com o preconceito na idade adulta. O preconceito não vem apenas da falta de informação. Surge basicamente do que eu chamo de “falta de formação”.

Para garantir a efetivação dos direitos humanos, se faz necessário a conscientização, informação, formação, a educação, e também a participação pública. Trata-se de um compromisso social. (SANTOS, 1998, p. 78).

A proteção dos direitos é imprescindível para que as pessoas se sintam seguras e possam viver em paz. Portanto, para que haja um sistema de proteção dos direitos é necessário a colaboração do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. (DALLARI, 2014, p.64).

O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 74, DE 2014

Trata-se de um projeto de Lei proposta pelo Senador Paulo Davim, a fim de combater o preconceito existente em relação as pessoas com deficiências mentais ou transtornos mentais, assegurando o que já dispõe o artigo 5º da Constituição Federal, que diz:

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.

Nesse sentido, esse projeto de lei, vem para estimular a participação das pessoas com deficiência, sendo ela mental, física ou que possuam algum tipo de transtorno à educação, sendo a elas assegurado o direito a matrículas nas escolas, bem como, emprego ou trabalho, assistência à saúde. Aquele que negar em razão de seu estado de saúde estará cometendo crime, conforme este projeto de que passou a vigorar na data de sua aplicação, 12 de março de 2014.

O código penal, em seu artigo 140, §3º prevê como qualificadora o crime de injúria praticada contra a pessoa com deficiência, que diz:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Para a consumação do crime de injúria, é necessário que o sujeito passivo, ou seja, a vítima tome ciência da imputação ofensiva, independentemente de sentir-se ou não que sua honra foi violada. Não é necessário que essa ofensa seja proferida na presença da vítima, basta que chegue a seu conhecimento. (CAPEZ, 2019, p. 353).

Quando se trata de injúria contra uma pessoa com deficiência mental, a sua penalidade nem sempre ocorre, há discussões de que para a sua configuração, seja necessário que a pessoa com deficiência seja capaz de entender a ofensa.

No mesmo sentido, menciona Prado (2006, p. 273):

A orientação predominante, porém, apesar de admitir os inimputáveis como sujeitos passivos dos delitos contra a honra, nega essa possibilidade no tocante à injúria, sob o argumento de que a vítima não se encontra em condições de perceber e avaliar seu conteúdo ofensivo. Advirta-se, todavia, que a configuração da injúria contra o inimputável deve ser condicionada à sua possibilidade de percepção do caráter ultrajante da palavra ou gesto que lhe é endereçado, avaliada segundo o caso concreto. Inexiste injúria se o inimputável não pode sentir-se menosprezado em sua dignidade ou decoro por não ser capaz de compreender a natureza da ofensa.

Sendo assim necessário para a aplicação do artigo 140 do Código Penal, ou seja, imputação do crime de injúria contra pessoa com deficiência mental, que este possua discernimento suficiente para consentir a ofensa a ele proferida.

Neste termos, o Tribunal de Justiça de São Paulo (2015) em recurso de apelação, proferida pelo relator Nelson Fonseca Junior, que negou o seu provimento, recurso oriundo de uma sentença absolutória, em que o apelado foi acusado pelo crime de injúria qualificada, praticado em desfavor de uma criança de 02 anos de idade com deficiência (anexo 02), julgou da seguinte maneira:

APELAÇÃO CRIMINAL - INJÚRIA QUALIFICADA – Sentença absolutória sob o fundamento de que a vítima, por constar com apenas 02 (dois) anos de idade, não poderia ser sujeito passivo do crime – Recurso ministerial que busca a condenação do acusado – Absolvição mantida, mas por ausência de provas quanto ao dolo do denunciado em ultrajar a vítima – Recurso desprovido, com observação. (TJ-SO – APL: 00113336720138260268 SP 0011333-67.2013.8.26.0268, Relator: Nelson Fonseca Junior, Data de Julgamento: 14/09/2016, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 16/09/2016

Assim como demonstra na jurisprudência, o crime de injúria deve ser analisado minuciosamente, devendo observar se tal conduta foi praticado com dolo, ou seja, com vontade de ultrajar a vítima. De que adianta previsão legal criminalizando certas condutas, se, quando praticadas, embora a vítima seja uma pessoa vulnerável, não foi suficiente para a configuração do delito, mesmo que tenha atingido a dignidade humana.

Nesse sentido, assegura Rizzatto Nunes (2018, p. 72), que a pessoa humana já nasce com o direito a proteção de sua dignidade. Portanto, independentemente de possuir capacidade em discernir ou não quanto a sua violação, deve sim ser aplicado o seu direito que se encontra previsto em leis.

Observa-se que embora a legislação faça previsão do crime de injúria praticado em desfavor da pessoa com deficiência, a nossa sociedade ainda não atingiu o modelo esperado, pois conforme mencionado anteriormente, para que seja configurado tal crime, deve analisar se a vítima tem discernimento ou não para entender a ofensa que lhe foi direcionado. Ora, a dignidade da pessoa humana é direito de todos, e quando violada, independentemente de haver discernimento ou não, deve ser garantido o seu direito no mesmo sentido.

Conforme menciona Dallari (2014, p. 61), não basta que haja leis que assegurem o direito se não puder ser utilizada. São vários os casos que embora haja leis, por vários motivos, algumas pessoas não tem o conhecimento ou não consegue por em prática.

CONCLUSÃO

O trabalho possibilitou entender que a psicofobia necessita ser de conhecimento de todos, pois a sua prática fere de tal maneira a dignidade da pessoa humana que as pessoas que são vítimas de tal comportamento acabam por piorar ainda mais o seu quadro clínico.

Conforme foi observado esta prática está bastante presente em todos os âmbitos sociais, sendo no local de trabalho, escolas e em alguns casos até mesmo dentro de suas próprias casas sendo praticado pelos próprios familiares e amigos.

Verifica-se que muitas vezes isso decorre pela ausência de conhecimento acerca dos sintomas que os transtornos psíquicos trazem, bem como, ao pré-julgamento de suas incapacidades em se socializar, o que por sua vez, fere a sua dignidade.

A apresentação do presente estudo demonstrou que a psicofobia pode ser praticada direta e indiretamente. Entende-se por direta quando alguém viola o seu direito, ou age de maneira a atingir a sua honra e dignidade. Caracteriza-se de maneira indireta, quando diante dos atos praticados, nada o faz para impedir.

A dignidade da pessoa humana é um dos principais princípios que regem o nosso ordenamento, por isso deve ser resguardado, sendo direito de todos, e ao ser violado, deve ser reparado. Trata-se de um direito que surge com o nascimento da pessoa, desde então, deve haver o respeito ao próximo, independentemente de suas diferenças. Para isso, é necessário que seja garantido às pessoas com deficiências mentais ou transtornos o direito ao bom tratamento, e principalmente apoio social.

Por sua vez, embora haja leis que o criminaliza, muitos desconhecem. Fato este, conforme demonstrada na pesquisa realizada. Ademais, quanto ao desencadeamento das doenças decorrentes no local do trabalho, poderia ser evitada desde que no emprego haja disponibilidade de atendimento psicoterapêutico.

Deste modo, fica evidente a necessidade da proteção do Estado como garantidor dos direitos da pessoa humana, principalmente aos que se encontram desamparados, mesmo diante de leis, os quais, não são suficientes.

Portanto, se faz necessário a conscientização e o bom senso da sociedade acerca do presente tema, bem como, por se tratar de tema relativamente novo, a continuidade de sua pesquisa.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo. Saúde mental e atenção psicossocial. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

ASSUMPÇÃO, Junior, Francisco B; SPROVIERI, Maria Helena. Introdução ao estudo da deficiência mental. São Paulo: Memnon, 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Apoio às pessoas portadoras de deficiência. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de out. de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 06 mar. 2020

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 01 abr. 2019.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 de mar. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 74, de 2014. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime contra as pessoas com deficiência ou transtorno

mental. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4470671&disposition=inline>. Acesso em: 18 de mar. 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Vol. 2. Parte especial: arts 121 a 212/ Fernando Capez – 19 ed. Atual. São Paulo: Saraiva: edição, 2019.

CEARÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região TRT – 7. Recurso Ordinário nº 00025768220165070034. Recorrente: B.P.H.T. Recorrido: I.R.F. Relator: Paulo Regis Machado Botelho. Disponível em: <https://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765411486/recurso-ordin-rio-trabalhista-25768220165070034/inteiro-teor-765411547?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 de mar. 2020.

DALGALARRONDO, Paulo. Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Viver em sociedade. Minas Gerais: Prospectiva, 2014.

DEJOURS, Christophe; Bégue Florence. Suicídio e trabalho o que fazer?. Paralelo 15.

FERNANDES, Antonio Carlos et al. Reabilitação. 2. ed. São Paulo: Manole, 2015.

FERREIRA, Ivanir. Falta tratamento para criança de escola pública com transtorno mental, *Jornal da USP, Ciências da saúde*, 4 mar. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-da-saude/falta-tratamento-para-crianca-de-escola-publica-com-transtorno-mental/>. Acesso em: 06 mar. 2020.

GARCIA, Alessandro. Psicoterapia dentro das empresas, *RH Portal*, 2 set. 2015. Disponível em: <https://www.rhportal.com.br/artigos-rh/psicoterapia-dentro-das-empresas/>. Acesso em: 07 mar. 2020.

MELEIRO, Alexandrina Maria Augusto da Silva. *Psiquiatria: estudos fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2018.

NARDI, Antonio. *Questões atuais sobre depressão*. 4. ed. São Paulo: Rio, 1998.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIMENTA, Tatiana. *Psicoterapia dentro das empresas: porque apostar nesse benefício?* 7 fev. 2020. Disponível em: <http://revistacipa.com.br/psicoterapia-dentro-das-empresas-por-que-apostar-nesse-beneficio/>. Acesso em: 07 mar. 2020.

PSICOFOBIA. *Seu preconceito causa sofrimento*. Disponível em: <https://www.psicofobia.com.br/>. Acesso em: 7 de ago. 2020

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário n. 0020811-64.2014.5.04.0030, Oitava Turma, Rel. Des. Lucia Ehrenbrink, DJ 17.03.2016.

SHIMOSAKAI, Ricardo. *Diferença entre deficiência e doença mental*. 11 Dez. 2011. Disponível em: <https://turismoadaptado.wordpress.com/2011/12/11/diferenca-entre-deficiencia-mental-e-doenca-mental/> Acesso em: 12. Mar. 2020.

PITTA, Ana Maria Fernandes. *Reabilitação psicossocial no Brasil*. 2.ed. São Paulo: Hucitec, 2001.

PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro: parte especial. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Cleber Mesquita dos. Os direitos humanos, o Brasil e o desafio de um povo. São Paulo: Ltr, 1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 00113336720138260268. Apelante: Justiça Pública. Apelado: W.C.M. Relator: Nelson Fonseca Júnior. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/385454192/apelacao-apl-113336720138260268-sp-0011333-6720138260268/inteiro-teor-385454211>. Acesso em: 18 de mar. 2020.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão. Construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SEGATTO, Cristiane. A psicofobia e o peso das palavras: o preconceito contra quem sofre de transtornos mentais pode virar crime. Época. 2016. Disponível em: <https://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/cristiane-segatto/noticia/2013/08/psicofobia-e-o-peso-das-palavras.html>. Acesso em: 02 abr. 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

WERNEK, Claudia. Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva. Rio de Janeiro: WVA, 2009.

A RELEVÂNCIA DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Larissa Aparecida Costa

Faculdades Integradas Antônio Eufrásio De Toledo de Presidente Prudente – FIAETPP, Presidente Prudente, SP. E-Mail: Larissac.Adv@Gmail.Com

RESUMO

A prerrogativa de acesso às informações de caráter público, solicitadas pela sociedade é relevante para o aperfeiçoamento democrático e fiscalização da atuação dos agentes públicos. O trabalho visa analisar os contornos da Lei nº 12.527/11 no combate ao crime de corrupção e sua colaboração na construção de uma sociedade mais justa e comprometida com a eficiência no desempenho da gestão pública. Neste diapasão, destaca-se a promulgação de determinadas legislações específicas, garantindo o acesso às informações de caráter público, com vistas a incentivar a participação da sociedade nos rumos do país.

Palavras-chave: Corrupção; Lei de Acesso à Informação; Políticas Públicas; Transparência Pública.

THE RELEVANCE OF THE ACCESS TO INFORMATION LAW IN THE FIGHT AGAINST CORRUPTION

ABSTRACT

The prerogative of access to information of a public nature, requested by society is relevant for the democratic improvement and inspection of the performance of public agents. The work aims to analyze the contours of Law No. 12,527 / 11 in the fight against the crime of corruption and its collaboration in the construction of a more just society and committed to the efficiency in the performance of public management. In this fork, the promulgation of certain specific laws stands out, guaranteeing access to information of a public nature, with a view to encouraging the participation of society in the country's directions.

Keywords: Corruption; Access to Information Law; Public policy; Public Transparency.

INTRODUÇÃO

Na perspectiva e ampliação da prática do exercício da cidadania, a lei de acesso à informação (Lei 12.529/2011), surpreendeu positivamente o cenário judicial nacional aplicando o aumento do rol de possibilidades de a população ter acesso a conteúdo das decisões que implicam e interferem na destinação das verbas públicas.

Sendo assim, é importante constatar se a Lei de Acesso a Informação, possibilitou o efetivo acesso à informação sendo parâmetro, de consequência, enquanto instrumentalizar ao combate das práticas de corrupção.

Destarte, para fazer uso do exercício da soberania popular, o direito de acesso à informação deve possibilitar e alcançar incentivos entre o governo e a população.

Dessa forma, como forma de autorizar o espaço democrático, os governantes devem se beneficiar com as tecnologias proporciona ao acesso à informação, trazendo o cidadão próximo dos atos adotados pela administração pública.

Para que isso aconteça, se faz necessário que seja disponibilizado sistema de transparência que se incuba de garantir, verdadeiramente, o acesso à informação dotada de verdade e integridade. Assim, a Lei de Acesso a Informação, tem como principal função de instrumento jurídico no combate à corrupção, uma vez que através dos dados públicos pode ocorrer um controle social sobre condutas entes públicos responsáveis pela administração e uso do erário público.

Neste contexto, fez uso do método dedutivo para encaminhar a pesquisa documental e bibliográfica acerca do tem do direito ao acesso a informações de caráter público, assim como para

entender a melhor forma que a legislação nacional pode auxiliar no combate a corrupção, através da Lei 12.529/2011.

Nesse cenário, o presente estudo justifica-se pela primordialidade em ampliar o acesso a informação enquanto instrumento no combate a corrupção, frente a exigência em assegurar o abrigo dos direitos fundamentais de toda a coletividade.

A pesquisa tem como objetivo evidenciar a importância do direito a informação no aperfeiçoamento democrático.

MÉTODOS

Para o alcance dos resultados almejados pelo trabalho, a presente pesquisa utilizou-se do método dedutivo para direcionar a análise documental e bibliográfica sobre a utilização do direito ao acesso a informação pública aplicada como mecanismo de combate a corrupção, frente aos pressupostos que alicerçam o Estado Democrático de Direito.

RESULTADOS

A liberdade de expressão e informação, encontra-se transcritos em vários documentos internacionais, como a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela ONU (art. 19); o Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, aprovado em Roma no ano de 1950 (1 e 2); mais recentemente, a Convenção Americana de Direitos Humanos -Pacto San de José da Costa Rica.

Denota-se que as modalidades de informações estão acopladas a um regime participativo, que possibilita controle e fiscalização do exercício da gestão da coisa pública, sendo este direito um marco nas conquistas do estado democrático de direito, o qual vivemos hoje.

Quando mencionamos os liames do direito à liberdade de expressão, temos como base a literatura constitucional onde encontramos os pilares da democracia, pois com sua leitura encontramos fundamentos para a livre circulação das mais variadas formas de atividade.

Conforme entendimento de Nunes Junior (2013, p. 193), o pensamento humano é pluriforma, isto signifique que pode ser demonstrado através de várias modalidades, como expressão de sua opinião, pintura, teatro, fotografia, entre outros.

Já para José Afonso da Silva (2007, p. 245.), “informação é um conjunto de condições e modalidades de difusão pública, ou colocadas à disposição do público.”

Neste liame, podemos criar e aplicar que as formas de se expressar são das mais diversas modalidades, sendo imensuráveis as formas em a humanidade encontram formas de se expressar.

Nunes Junior (2013, p. 190), entende que mais de uma simples maneira cabal de se expressar, todo o trabalho tem o fim de promover mais que apenas uma simples transferência de informação entre as espécies humanas, mas tem a função de apresentar um pensamento crítico e invocar pensamentos diversos para que não fique escasso apenas de um ato, mas sim que seja compartilhado.

Neste mesmo alinhamento, Gonçalves (2003, p.29), traz o seguinte olhar crítico:

Pressupõe um esforço (de carácter intelectual) que permita passada informação imanente (dos fatos ou dos dados brutos) à sua percepção e entendimento. Isso implica, normalmente, um trabalho de recolha, de tratamento ou organização. O conceito de saber transcende esse plano: consiste na capacidade de extrapolar para além dos fatos e retirar a partir deles conclusões originais.

Extraí-se, do texto que se expressar, é uma atividade quase que básica do ser humano, na sociedade, comparadas as necessidades biológicas e comportamentais.

Se expressar, não indica apenas apresentar apenas um desabafo, mas também estabelecer perspectivas críticas, um exemplo que a doutrina utiliza é a elaboração de uma obra de arte, ou seja, sua confecção é uma expressão, entretanto sua releitura apresenta um juízo crítico e opinativa que irão encaminhar o seu tema principal.

A doutrina sobre o tema, enumera a subdivisão do direito de se informar em três aspectos: o direito de se informar, de ser informado e pôr fim a possibilidade de ser negativo, ou seja, ausência de censura e o positivismo, que estão interligados com o direito de antena.

Em contrastes basilares, acerca do tema temos os ensinamentos passamos pelos autores Canotilho e Moreira (1993, p.216):

O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informação a outrem, de as difundir sem impedimento, mas pode também revestir uma de forma positiva enquanto direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de escolha de informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar, é a versão positiva do direito de se informar consistindo em um direito de ser mantido adequada e verdadeiramente informada [...].

As prerrogativas entrelaçadas ao direito de se informar têm como essência as linhas constitucionais, o descumprimento destes ensinamentos fundamentais se apresenta com uma violação imperiosa ao princípio da dignidade da pessoa humana, a qual ocupa um direito fundamental de primeira geração.

Uma das atribuições do direito de se informar é possuir em seu arsenal ferramenta de tutelar a livre iniciativa de pensamento sem nenhuma intervenção estatal que de alguma forma controle a livre imposição do pensamento social., impossibilitando a censura ou a modificação favorecendo interesse de outrem.

Este arsenal constitucional, está taxado no artigo 220 *caputs*, da Constituição Federal. Fazendo com que afaste qualquer tipo de obscuridade ou oposição e modulação nos meios de comunicação, seja a elabora por meio de veículo de informação ou processo, está vedado perante este dispositivo.

O encontro com a informação é um direito que abrange qualquer ser humano, e está inserido na busca de informação de qualquer tipo, exceto quanto trata de assuntos sigilosos que encontram abrigo no artigo 5º da Constituição Federal, em seu artigo XXXII, em sua parte final, autoriza a ocultação quando o conteúdo for sigiloso.

Para Lopes (1997, p.84), as concessões por um inumerado de razões devem ser entendidas como serviços públicos numa democracia o que garante um compromisso, com pluralismo e a inclusão.

Destoa, com um nexos comparativo Vital Moreira e Canotilho (1994), quando apresentam análise a Constituição Portuguesa, afirmando que o Direito de Informação só será visto por completo quando ocorrer complementação de suas três conversões, tema este reforçado pela convenção.

No mesmo fundamento legal, a tutela constitucional está acobertada pelo artigo 220, *caput*, da Constituição Federal, onde prevê claramente que as informações sobre qualquer formalidade, processo ou veículo, não será objeto de qualquer restrição ou omissão, disponibilizando o entendimento que qualquer informação será repassada e compartilhada, desde que ocorra interesse ao ponto de vida do autor.

Nesse contexto, Zacarias (1998), considerado como ativista da liberdade de expressão, entende que a informação deve ser repassada sem nenhum tipo de restrição, dentro das ressalvas de outros direitos, que contribuem para que sejam efetivadas, os quais contribuem para validação do uso da informação, e o direito positivo de se informar.

Para os criadores de conteúdos de informações, como artistas, jornalistas, escritores etc. Encontram respaldo para sua validação profissional através do artigo 5º, inciso XIV, o qual informa que os detentores das informações, os quais fazem uso das ferramentas cedidas pelo instituto, realiza uma conexão com o princípio da livre iniciativa, e traz como seu enredo o princípio da livre iniciativa e do direito a intimidade.

Neste diapasão, a modalidade de informação segundo Nunes Junior (2013, p.194) não está limitada apenas as informações jornalísticas, o qual emprega a ela uma perspectiva jornalística juntamente com um caráter jurídico-social (que abrange todas as áreas de interesse para a justiça, assim como cadastro, fazendo destas informações públicas em casos delimitados).

Os estudos de Nunes Junior (2013, p.194) apontam para o chamado de direito privilegiado de informação, nomeado de *habeas data*, transcrito por meio do artigo 5º, inciso LXXII, que é utilizado nas hipóteses de correção de algo.

Destaca-se, como ponto inicial da liberdade jornalística que a essência a liberdade de informação (antigamente chamada de liberdade de imprensa) que aborda o tema de livre acesso a informação sob os moldes de notícia, comentários ou opinião, por qualquer meio de comunicação social, seja ele impresso ou de rádio fusão, e o direito de ser informado (SILVA, 2007, p. 878)

O direito de receber informação, também encontra abrigo no artigo 5º XXXII e artigo 37, caput, tem em sua característica sua reciprocidade, dentro das perspectivas de receber e repassar informação.

Sendo necessário a subdivisão do tema principal em o direito de receber informação, e por segundo o dever de se manter constantemente informado sobre determinados assuntos de interesse da União, negócios e atividades públicas.

Por fim, é importante enaltecer que todas as vertentes do direito de informação tentam se alinhar nos pilares democráticos do direito, ou seja, é o alcance da sociedade para que ingira a mais límpida informação dentro do inumerado de atribuições existentes na construção da civilização moderna.

Com os caminhos em que a globalização apresentou para nossa sociedade, a corrupção é um efeito capaz de invalidar o crescimento e a qualificação moral das principais instituições governamentais, além de apresentar um fator expressivo para o desenvolvimento democrático.

DISCUSSÃO

A comunicação e a publicidade dos atos do Governo Público se tornaram portas de abertura para legitimação do Estado. Mesmo que ocorram divergências entre a População e o Estado, a utilização da informação é fruto de uma concepção de clareza, que autoriza o controle social e a representação de todos.

Entretanto, o simples cumprimento do dever de comunicação por parte da administração pública não é o suficiente para efetivação da publicidade, sendo que a concepção e a busca do conhecimento público socorrem efetivamente o cidadão e não se limita apenas ao uso de editais, diários oficiais entre outros.

A nação brasileira flutua sob um sentimento de desconfiança que paira sobre as ações públicas, fruto de uma sociedade adestrada ao sigilo, e que se manifesta no índice da confiança social.

Utilizando de uma escala de 0,0 (nenhuma confiança) a 10,0- (confiança absoluta), conforme pesquisa realizada pelo IBOPE, no ano de 2016 utilizou dos métodos de pesquisa para saber a confiança que a população tem em seus representantes governamentais (instituições/grupos sociais)

Segundo o IBOPE Inteligência (2016, p. 06):

No ano de 2015, o ICS foi de apenas 49 pontos, sendo este constituído de uma nota de 45 pontos de confiança nas instituições e 67 nas pessoas/grupos sociais. São significativos os números individuais referentes a cada uma das principais instituições brasileiras: Poder Judiciário/Justiça – 46 pontos; Governo municipal – 33 pontos; eleições e sistema eleitoral – 33 pontos; Governo Federal – 30 pontos; Presidente da República e Congresso Nacional, ambos com apenas 22 pontos cada, e, em última posição, os partidos políticos – 17 pontos.

Os índices listados acima deixam claro o desapontamento e a desconfiança acerca sobre as principais instituições do Brasil. Sendo assim, ao entender que as instituições fortes e estáveis são a base para os pilares da democracia e do próprio ente Estatal, é dever institucional desenvolver políticas públicas efetivas na concretização da transparência institucional, afastando os efeitos da desconfiança que enfraquecem e desqualificam estas entidades, oportunizando as práticas de corrupção.

Conforme pesquisa dos índices de confiança dos brasileiros nas mesmas entidades instrumentadas pelas pesquisas da Fundação Getúlio Vargas (2015.p.03-04), a perspectiva não se torna positiva.

Segundo o relatório ICJ brasileiro do segundo semestre de 2015 aduz que, após a realização de estudos que medem a confiança dos governados em seus governadores, significa dizer que a confiança

demonstra que que a instituição está se comprometendo a sua principal prerrogativa que é cumprir com sua função de qualidade.

Segundo o relatório da Fundação Getúlio Vargas, (2015, p.11):

Este relatório aponta para um índice de apenas 4,5 pontos (em uma escala de 0,0-10,0), índice este que vem sofrendo quedas sucessivas ao longo dos anos desde que foi criado em 2009. O ICJBrasil representa um importante indicador do CNJ, o que reforça a fragilidade da confiança brasileira na instituição da Justiça

Na utilização da necessidade de proposta de renovação do princípio da publicidade, se faz necessário agregar novos enquadramentos de publicidade, com um panorama de uma sociedade digitalmente comunicável, que hoje encontra como sua principal fonte de conhecimento os meios tecnológicos e digitais, a reformulação do princípio da publicidade da administração deverá passar pela forma com que a sociedade recebe as informações de seus representantes e instituições estatais propagam essas notícias.

Segundo Marara (2012, p. 282):

Destaca que o princípio demanda, para atingir seu potencial estabilizador, ser repensado e ampliado, adequando-o a uma sociedade informacional e digital, com ampla difusão de informações e inúmeros meios de comunicação que conduzem a novas formas de interação social, reconhecendo que o acesso à informação representa poder.

Nesta perspectiva é necessário surgir uma nova realidade na aplicação para que o princípio da publicidade em frente uma postura que vá além de sua função formal, materializada através de editais, e diários oficiais. Na qual deve apresentar uma leitura harmônica compatível com a informação prestada por parte da Administração Pública, devendo ser capaz de aprimorar a efetividade pública da informação, acoplada a legalidade e a moralidade da administração, argumentos identificados nos escritos de Marrara, (2012, p.282):

A esta função formal da publicidade devem ser adicionadas outras, tais como a “publicidade-educativa”, a “publicidade-transparência”, a “publicidade-participação” e a “publicidade-interna”

Utiliza-se deste pensamento para integração das perspectivas de divulgações de informações públicas em mídias de grande alcance social representa um dos inúmeros mecanismos integrativos entre a população e a administração pública, em destaque as fontes ágeis e de fáceis alcances a informação como é o caso das páginas oficiais da controladoria-Geral da União assim como da CNJ – Conselho Nacional de Justiça¹.

Em detrimento a esta nova perspectiva, o legislador editou a Lei n.º 12.965/2014 conhecido como Marco Civil da Internet, que em capítulo próprio (capítulo IV), a referida lei dispõe sobre a atuação do poder público no desenvolvimento da internet no Brasil (BRASIL, 2014) especialmente nas disposições de seu artigo 24. O inciso I determina o seguinte:

Estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica” (BRASIL, 2014) e o inciso VI destaca a necessidade da “publicidade e disseminação de dados e informações públicos, de forma aberta e estruturada” (BRASIL, 2014).

Conforme o atual cenário que se apresenta injeta-se essas novas tecnologias que assumem a obrigação de rentabilizar as relações entre Estado-cidadão, pois, relacionar publicidade além da comunicação, faz com que atuais tecnologias sejam atribuídas ao ambiente público.

Sendo perspicaz, que o território internacional mobiliza em detrimento a transparência em de relação a cultura do sigilo, no que indica o tema referente a Administração Pública. Está voluntariedade se

¹ CGU tornou-se o MTFC – Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle em 12 de maio de 2016 por meio da Medida Provisória 726, editada pelo Presidente da República, Michel Temer

intensificou após a ratificação do G8 Open Data Charter em 2013 pelo G8, que teve como tema a busca pela promoção da transparência a inovação, além da identificação global ser facilitada pela utilização das mídias sociais.

Principal ferramenta para alinhar o conhecimento social com as informações com caráter responsável, ágil eficiente e eficaz que compactua para um crescimento econômico estável. De acordo com Blanchet e Azoia, (2017, p.161):

O Open Data Charter (2016c) reconhece que se inicia uma nova era na qual as pessoas, ao ter acesso aos dados abertos, podem elaborar ideias novas e serviços úteis à construção de um mundo melhor para todos os cidadãos. O item 4 do documento está relacionado justamente ao objeto deste estudo, reafirmando que a possibilidade de dados abertos viabiliza a transparência de um governo, além de estimular a consciência de todos para como os recursos de cada país são utilizados, como as receitas são gastas, etc. Declara ainda que toda movimentação capaz de promover a responsabilização e a boa governança é bem vinda ao incitar o debate público e, conseqüentemente, estimular o combate à corrupção. Durante o ano de 2015, especialistas em dados abertos de governos, organizações, sociedade e setor privado, em conjunto, se dedicaram a produzir juntos a international Open Data Charter (OPEN DATA CHARTER, 2016b) que, em outubro de 2016, conta com a adoção de 39 governos (OPEN DATA CHARTER, 2016a).

Devido à razão da realidade de transparência, que é relacionada à Administração Pública, a edição da Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei nº.12527/11) foi aprovada no objetivo de editar de garantir o acesso à informação, principalmente nos dispostos do inciso XXXIII do artigo 5º, o inciso II do § 3º do artigo 216, todos da constituição federal que incentiva relevantes condutas.

A Lei de Acesso a Informação, deste de sua publicação, tem alcançado as atividades de direcionamento da Administração Pública, e isto se torna fundamental, pois, há algum tempo é perceptível que somente o controle de legalidade judiciária das ações estatais, realizadas pelos órgãos de fiscalização oficial, como o da Controladoria-Geral da União (CGU) e o Tribunal de Contas (TCU), não são suficientes.

Devido a burocratização dessas informações serem constantes, é dever da sociedade participar diariamente e para que isso ocorra, é indispensável que tenha disponível ferramentas catalisadoras deste controle externo. Através de dispositivos legais, dá a possibilidade de qualquer cidadão exigir informações de prazos relativamente reduzidos, consultar despesas públicas e seus investimentos ou qualquer outra informação, desde que não estejam, em relação de exceção, ou seja, sob sigilo, Sendo assim, objetivando o instituto primordial da LAI que é a criação de mecanismos de controle social na entidade jurídico-administrativa que complementam as ferramentas jurídicas que já estão previsto no ordenamento brasileiro.

No artigo 3º da Lei de Acesso à Informação traz diretrizes que resguardam o direito fundamental de acesso a informação, em seu inciso IV, destaca a preponderância da cultura da transparência como regra, assim como aduz o inciso I do mesmo dispositivo ao estabelecer como ponto de partida a “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção”.

A Lei homenageia o Capítulo II como ocorrerá as informações e como será realizada a divulgação. Fica em destaque o artigo 41 que esclarece o patrocínio de campanhas que fomentem o acesso a informação como destaque na perspectiva dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, cabe à administração pública promover, independentemente de requisição, a divulgação de quaisquer informações de interesse coletivo que fabricam, fazendo uso, inclusive de websites autorizados na internet que interpreta o agente efetivo nas diretrizes sociais.

É visível que atualmente as contribuições das plataformas de network, em relações aos padrões mais velozes e com maior eficiência de acesso a qualquer modelo de informação e, por esse motivo, não seria possível o Legislador se distanciar deste fato.

Pois distancia-se dos próprios dispositivos da Lei de Acesso a Informação que as unidades estatais deveriam ter um parecer técnico e gastos realizados a manutenção destes serviços tecnológicos, viabilizando, destarte, por meio umas disponíveis, atenção e cautela quanto aos custos econômicos de requerer tal publicação dos municípios com orçamentos limitados.

De acordo com o artigo 8º, §4º da LAI, as entidades municipais que contém uma população de até 10.000 (dez mil) habitantes estão dispensado da divulgação obrigatória nas plataformas digitais de interesse comum ou geral que por eles tenha derivado ou custodias (BRASIL,2011), deixando claro ao legislador, de início, a precaução quantos a rentabilidade econômica de que se exige a divulgação de municípios com orçamentos contidos.

Fica claro a existência de críticas no sentido de que tipo de representatividade as redes de *network* como instrumento de claridade estatal são possíveis e capaz proporcionar, Oliveira (2013, p.2018) aduz que:

A crença na internet como base para a promoção da democracia direta mostra-se frágil no contexto atual, pois é baixa a probabilidade de ela se tornar o cenário de um processo de deliberação amplo, aberto ao diálogo e suscetível ao acordo.

Assim, os recursos virtuais possibilitam um processo de representação política quando acredita que o eleitorado tem ferramentas capazes de fiscalizar a atuação política, participando de forma incisiva na tomada de decisão do erário público, neste mesmo panorama entende; “a representação formal ainda não se dissocia do regime democrático como melhor instrumento para seu exercício” (OLIVEIRA, 2013, p.2018);

Explanada os presentes críticas, a visão que se tem é que uma pequena parcela de equívoco por parte do legislador, não prejudica a conquista para o alcance das informações públicas, que tem como principal objetivo aproximar o cidadão da administração pública.

Ao se debruçar nos efeitos da corrupção, na maioria das vezes não podem ser identificadas de imediato, entretanto isso não impossibilita que suas consequências negativas se alastrem no tempo; que afetara de forma indistinta a qualidade de vida do homem e o desenvolvimento do Estado.

Assim aduz, Rosa (2004, p.05): “a corrupção se apresenta em toda e qualquer sociedade organizada, que quanto mais bem organizada, mais hábil será no seu enfrentamento ou na sua repressão”, sendo assim nem a uma democracia nem uma tirania terão privilégios com a corrupção, nem mesmo os países já desenvolvidos ou até mesmo os que estão em desenvolvimento serão premiados com a confabulação dos efeitos da do agente corrupto.

Aqueles que enfatizam o regime Democrático de Direito, devem patrocinar a ideia de que na própria premissa a negativa coexistente saudável entre a democracia e a corrupção, desta forma, se entente que em um Estado Democrático de Direito, não se compactua com a corrupção, é simples, ou um ou outro.

Devido à democracia estar coligada com atitudes éticas e valores sociais, além da participação política diante de seus representantes. Sendo assim o Estado brasileiro declarante de uma democracia organizada, “precisa afugentar nichos ou espaços de irresponsabilidade política, afastando normas e pessoas que colocam em risco a estabilidade do próprio regime, do Estado e de seu povo” (ROSA, 2004, p. 06).

Atitudes como essa tiram o foco do Estado adquirir a contratação de algo desnecessário, resumidamente este efeito ocorre quando a iniciativa privada, por meio de tratativa com agentes públicos realiza ou presta serviços em consequência de vantagens diretas ou indiretas em favor da instituição privada, assim como a contratação de uma pessoa mais próxima ou um familiar (nepotismo), logo a principal intenção é maquiagem uma situação de suborno em cima de uma justificativa de necessidade.

TOKARS (2008, p. 155) discorre acerca dos efeitos nocivos da corrupção para o desenvolvimento do país:

Um dos maiores e mais vergonhosos freios ao nosso desenvolvimento é a corrupção. Ela nos conduz ao atraso por gerar a primazia do conhecimento pessoal sobre a eficiência, obstando a entrada no mercado de empresários tecnicamente capacitados, mas que não conhecem os caminhos do poder; de outro lado, consolida-se a posição de estruturas economicamente incompetentes, mas que bem atendem aos interesses daqueles que detêm as chaves do mais endinheirado dos cofres: o cofre do estado.

A redundância ocorre quando os gastos públicos estão intimamente relacionados com as áreas de pouca relevância, ou seja, distanciando os efeitos saudáveis nas áreas de educação, tecnologia e

desenvolvimento dos investimentos, devido à falta de credibilidade do Estado, devido ao sentimento egocêntrico de se responsabilizar apenas pelas próprias demandas, comprometendo os bens vitais disponibilizados pelo meio ambiente, que é usado em sacrifício para encontrar sua própria subsistência:

Em que pese o pensamento de ROSA (2004, p.08) além dos efeitos visíveis que a corrupção traz, existem também aqueles imperceptíveis ao olhar nu, que destaca principalmente a ausência da sociedade na credibilidade das entidades públicas:

Com a corrupção comprometendo uma verdadeira democracia, o primeiro efeito invisível passa a ocorrer com um cidadão descrente de que não há mais soluções possíveis, uma generalização de que todos são corruptos e, principalmente, de que o Estado tem um preço. Esta última concepção engloba a interpretação equivocada de que o valor moral tem necessariamente um respectivo valor monetário, podendo ser medido ou quantificado em moeda. Quando a moral passa a ser associada ao dinheiro, desconsidera-se que há outras formas de corrupção tão nocivas quanto, ou seja, a sociedade passa a interpretar que só ocorre a corrupção quando há um prejuízo material ou o enriquecimento ilícito do agente público.

Diante de tal cenário, ocorreu intervenção da Organização das Nações Unidas, que tomou providências para a realização de uma conferência mundial, a fim de que impossibilite a criação de paraísos fiscais.

Por fim, entende-se que a corrupção tenha a semelhança de uma anomalia tributaria, pois, por onde passa superfatura bens, produtos e serviços ficando refém de um efeito cascata, pois, ataca a integridade privada, afastam investidores, problematizam o desenvolvimento empresarial de pequenas ou grandes unidades, traz uma crescente injustificável no preço dos produtos e diminui a qualidade prestada, diminuem a contratação e as oportunidades de empregos, e assim estabelece no país um panorama de subdesenvolvimento e graves deficiências estruturais na governabilidade estatal.

CONCLUSÃO

Deve-se créditos a um movimento de mobilização da comunidade internacional, a conjuntura que possibilitou a transparência no embate ao sigilo, fazendo com que se torna uma das bases da democracia. Entretanto, mesmo que a cultura do sigilo tenha sido descoberta em partes, é necessário a validação de novos problemas que a transparência traz de desfragmentar inúmeros elementos ativos no conceito da publicidade de uma forma contemporânea.

Superada a publicidade de modulação formal, os entes estatais utilizam de diversas ferramentas sociais, principalmente pela distância e eficácia com que as novas tecnologias possibilitam para o emanado de propagar os conteúdos de interesse social. Por esta nova realidade a materialização da informação pública e devido aos recorrentes fantasmas da corrupção que assombras os pilares democráticos no cenário brasileiro, fazendo com que a informações sejam o principal aliado no combate a práticas corruptas.

Apesar de na teoria, a informação, ser a salvação de uma sociedade corrompida pela desconfiança e receios de seus representantes, encontramos dificuldades para ter um conceito adequado nesta formulação moral de corrupção, pois com este olhar devemos ampliar uma descrição superficial, visto que não se limita apenas aos atos como peculato, mas abrange também atos ilícitos ou antiéticos responsáveis pelos comportamentos negativos da sociedade.

A corrupção deve ser vista como alvo elementar de enfrentamento, pois ela traz em seus atos prejuízos já comprovados a qualquer Estado, sendo destacado com sintomas deste comportamento os prejuízos à economia, políticas e instituições além dos órgãos que tendência para padecer e prejudicar todo desenvolvimento social e democrático de uma nação.

Conforme narrativa apresentada no presente artigo, o sigilo de informação contribui para o patrocínio de situações que favorecem a corrupção, neste comportamento absorvemos que o sigilo não compactua com um ente democrático, já que um dos conceitos da administração pública é a publicidade, que deve ser gerida, conforme os novos parâmetros globalizadores disponíveis.

Assim, a atos corruptos são sinônimos de excludente nepotista, a contemplação de funções divididas por mérito, impede a oportunidade de indivíduos potencialmente capazes e qualificados, freando as oportunidades de emprego, decorrido da ausência de investimento sólidos, que ficam desencorajados devido a infecção pandêmica de atos corruptos enraizados no país.

Conclui-se que, a mera instauração de efeitos corretivos de atos trazidos pela corrupção na sua essência, não se tornam eficientes dentro de uma cultura corrupta é necessário também a aplicação de efeitos preventivos. Neste contraste é necessário o rompimento das barreiras dos segredos do que é de interesse público, dificultando a práticas da famigerada corrupção.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Antenor. Corrupção. Fator de desenvolvimento? São Paulo: Letras & Letras, 1991.

CENTRO REGIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. Portal de dados: TIC Governo Eletrônico. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2016a. Disponível em: <http://data.cetic.br/cetic/explore?idPesquisa=TIC_EGOV>. Acesso em: 13 abril 2020.

_____. TIC Governo Eletrônico. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2016b. Disponível em: <<http://cetic.br/pesquisa/governo-eletronico/>>. Acesso em: 13 abril 2020.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Relatório ICJ Brasil 2º semestre/2015. São Paulo: FGV, Escola de Direito de São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16539/Relato%CC%81rio%20ICJBrasil%20-%202%C2%BA%20sem%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 abril 2020.

BLANCHET, Luiz Alberto. A transparência na administração pública, o combate à corrupção e os impactos no desenvolvimento. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, jul. 2017. ISSN 1982- 9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. Acesso em: 08 de ago 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v1i51.8897>. Acesso em 12 de abril de 2020. <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v1i51.8897>

OPEN DATA CHARTER. Adopted by. 2016a. Disponível em: . Acesso em: 25 março. 2020.

IBOPE INTELIGÊNCIA. Índice de confiança social 2015: Brasil – Argentina. 2016. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016. GRAY, Cheryl W; KAUFMANN, Daniel. Corrupção e desenvolvimento. Finanças e desenvolvimento, p. 07-10, mar. 1998. Disponível em: Acesso em: 24 out. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estimativas populacionais para os municípios e para as Unidades da Federação brasileiros em 01.07.2015. 2015. Disponível em: Acesso em: 05 jul. 2016.

MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (org.). Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Uma nova democracia representativa? Internet, representação política e um mundo em transformação. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 264, p. 187-221, set./dez. 2013. Disponível em: Acesso: 06 out. 2016. <https://doi.org/10.12660/rda.v264.2013.14081>

ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos dos povos. São Paulo: ícone, 1989.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. A era dos deveres – breves comentários sobre três uestões. Presidente Prudente: Intertemas, ano 4, vol. 6, 2002.

ANDRADE, A. A. Banha de. Censura. In *Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira da Cultura, Edição Século XXI, Volume VI*. Braga: Editorial Verbo, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAÚJO, Glauco. Adolescente transgênera tem fotos e ficha de alistamento postadas na web. G1. São Paulo, 29 set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/09/adolescente-transgenera-tem-fotos-e-ficha-de-alistamento-postados-na-web.html>>. Acessado em: 16 out. 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAHIA, Juarez. Jornal, História e Técnica, vol. I – História da Imprensa Brasileira. São Paulo: Ática, 1990.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1992.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. Uma história social da mídia: de Gutemberg à Internet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA. Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Direito de informação e liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COSTA, Isângelo Senna. Os segmentos de segurança pública em face da colidência entre direitos fundamentais: liberdade de informação versus presunção de inocência. In: FÓRUM NA

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

DUVERGER, Maurice. Elements de Droit Public. 6º, ed, Paris: Press Universitaires de France, 1970.

FACHIN, Zulmar. Fragmentos de teoria do estado. Intertemas. Curso de Mestrado em Direito. Presidente Prudente, ano 2, v. 2, p. 39 – 55, 2001.

FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

_____. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FARIAS GARCÍA, Pedro e FARIAS BATLLE, Pedro. *En tono a la libertad de empresa informativa*, Madrid: complutense, 1994:

FERREIRA, Aluizio. Direito a informação, direito a comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos Fundamentais. 2º ed.rev. e atualizada, São Paulo: Saraiva,1998.
- GONÇALVEZ, Maria Eduarda. Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003.
- GOMES, Laurentino. 1822- Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil – um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira,2010.
- LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O direito à informação e as concessões de rádio e televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MENDEL, Toby. Liberdade de informação: um estudo de direito comparado. Brasília: UNESCO, 2009.
- MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA, Vital. O direito de resposta na comunicação social. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.
- NESPRAL, Bernardo. Derecho de la información. Periodismo, deberes y responsabilidades. Buenos Aires: Editorial, 1999.
- OLIVEIRA, João Gualberto de. Liberdade de Imprensa – No Brasil e na Suécia. Brasil, Ed.Sociedade Brasileira de Expansão Comerci, 1956.
- ROSA, Márcio Fernando Elias. Corrupção como entrave ao desenvolvimento. Revista Bonijuris, Curitiba, v.16, n484, p. 05-12, mar. 2004.
- REBEC, Benjamin Constant. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. In: Escritos Políticos (Estúdio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sanchez Mejía). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- SILVA, José Afonso Da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOARES, Orlando. Direito da comunicação. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, s d.SODRE, Nelson Werneck. História da imprensa no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições do Graal, 1977.
- TOKARS, Fabio. Das Falhas de Mercado às Falhas de Estado, in Revista Jurídica, Faculdades Curitiba, n. 21, Temática n. 5, 2008.
- ZACCARIA, Roberto. Diritto dell'informazione e della comunicazione. Padova: CEDAM, 1998.

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO FILME O PODER E A LEI.

Kleber Ferreira Da Silva, Francislaine De Almeida Coimbra Strasser

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: kfdasi@hotmail.com

RESUMO

O presente estudo tem por escopo examinar a reparação civil pela teoria da perda de uma chance a luz da ficção policial O poder e a Lei. Verificou-se pela jurisprudência pátria, que essa teoria tem sido utilizada como um terceiro gênero intermediário de indenização ao lado do dano emergente e lucros cessantes, pela privação imposta à vítima de buscar posição mais vantajosa que provavelmente lograria, se não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, desde que a oportunidade perdida seja razoável, a perda de uma chance tem sido também aplicada aos advogados que não exercem com esmero o exercício regular da profissão, que seria adotar as providências solicitadas pelo patrocinado, preservar sua conduta, zelar pela profissão, realizá-la com qualidade, cumprir com os prazos, zelar pelos seus interesses, informá-lo sempre de forma clara e inequívoca dos eventuais riscos de sua pretensão. No filme O poder e a lei, a atuação do patrono ocorreu de forma desidiosa, obstando os seus clientes a possibilidade de buscar uma posição mais vantajosa no processo, que muito provavelmente lograria, se não fosse os atos ilícitos praticados pelo advogado.

Palavras chaves: O poder e a lei; Responsabilidade Civil; Perda de uma chance; Advogado; Ilícito; Vítima.

THE THEORY OF LOSS OF A CHANCE IN THE MOVIE THE POWER AND LAW

ABSTRACT

The reparation civil for the theory of losing a chance in the light of fiction police the power and Law. Verified by the jurisprudence domestic, that this theory has been used as a third genre Intermediar in indemnity next to the damage emerging and lost profits, for the deprivation imposed the victim to seek position more advantageous that would probably succeed, if it wasn't for act illicit practiced.

In that step, provided the opportunity lost be reasonable, the loss of a chance it has also been applied to lawyers who do not exercise with care exercise regular gives profession, that would be to adopt the requested measures by the sponsored, preserve your conduct, care for the profession, carry it out with quality, comply with the deadlines, watch over your interests, inform you ever in form clear and unambiguous from possible risks of your claim. In the movie the power and law, the acting of patron's occurred in form desidious, obstructing yours customers the possibility in search a more position advantageous in the process, that most likely would achieve, if it weren't for acts illicit practiced by lawyer.

KEYWORDS: The power and law; Responsibility Civil; Loss of a chance; Lawyer; Illicit; Victim.

INTRODUÇÃO

É pacificado o entendimento que no direito brasileiro não há apenas uma única fonte do dever de indenizar, fato esse é a exaustiva inquirição da doutrina acerca da responsabilidade civil, neste sentido a sapiência da doutrina e da jurisprudência brasileira trata a teoria da perda de uma chance, como um terceiro gênero de reparação civil, sobreposta quando ato ilícito frustra uma probabilidade séria e real de outrem a consecução do pretendido ou ao menos ter amenizado um prejuízo, nascendo assim, o direito do ofendido a pretensão da reparação civil pela perda da oportunidade.

A reparação por este instituto, também leva em consideração se há participação da vítima na causa do dano; se pretensa não deriva de fato antijurídico; que o prejuízo causado impede a vítima de alcançar um determinado resultado ou evitar um prejuízo.

De modo hipotético, quando alguém perde a oportunidade de passar o natal ou réveillon com seus familiares, por estar trabalhando, ou até mesmo perde a chance de assistir um espetáculo do Cirque du Soleil, por não ter comprado o ingresso dentro do prazo estipulado pelo organizador, há a caracterização de frustrações hipotéticas e eventual, que por si só, não é de interesse ao direito à título de reparação civil.

Ao revés, quando uma pessoa perde a oportunidade de ver o Cirque du Soleil (que vem ao país uma vez por ano), decorrente de um acidente de trânsito causado por um homem alcoolizado, irá perder tanto o espetáculo como também poderá ter seu veículo avariado, conseqüentemente, terá o direito a reparação por danos materiais e, por deixar de ver o espetáculo, o direito a reparação pela perda de uma chance.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao advogado, que desídia de comportamento lesivo em desfavor do interesse do constituinte.

Objetivamente, a proposta deste escrito é examinar a teoria da perda de uma chance a luz da ficção policial O poder e a Lei que é contextualizada em torno do advogado criminalista Mick Haller (Matthew McConaughey), possuidor de comportamento solerte.

A ideia é trazer nos capítulos próximos, o conceito da reparação civil no código brasileiro, peculiaridades da teoria em análise, para depois focar na análise da aplicação da teoria a supramencionada ficção. Assim, o artigo foi dividido da seguinte forma: Responsabilidade civil: noções gerais; Pressupostos da Responsabilidade Civil: responsabilidade civil subjetiva e objetiva, o nexó causal para configuração do dano, dano moral, material, danos emergente, lucros cessantes, visão da doutrina e a jurisprudência da teoria da perda de uma chance; Origem histórica da teoria; a influência da jurisprudência francesa, obstáculo de traduzir a perda de uma chance como indenizável, aplicação nos tribunais pátrio aos advogados; A perda de uma chance e a ficção o poder e a Lei, com o enfoque no comportamento do profissional da ficção.

METODOLOGIA

O presente artigo realizou-se por meio de pesquisas bibliográficas, legislação, decisões, acordão e informativo presentes nos tribunais brasileiros, tendo como objetivo aplicar a teoria da perda de uma chance a luz da ficção cinematográfica o Poder e a Lei, que trata da história fictícia do advogado criminalista Mick Haller.

Trata-se de pesquisa qualitativa com o método hipotético-dedutivo, da aplicação da teoria a título de reparação civil, decorrente de ato ilícito imposto a vítima de vivenciar uma chance concreta de obter o pretendido ou ao menos ter um prejuízo amenizado, sendo também base para aplicação a situações análogas possíveis de ocorrência em casos concretos.

RESULTADOS

Ficou evidenciado que a legislação pátria vigente se mostra incompleta no tocante à reparação civil, fazendo com que os tribunais brasileiros recorressem a jurisprudência a teoria da perda de uma chance importada de outros países, para que um prejuízo ou dano não fique sem a devida reparação, precisamente no que tange a frustração pela perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que a vítima provavelmente lograria, se não fosse o ato ilícito praticado.

DISCUSSÃO

RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES GERAIS

A responsabilidade civil prevista no Código Civil (BRASIL, 2002) decorre da prática de ato ilícito, podendo ser, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, ou seja, a fonte do dever de indenizar é o direito violado, pela prática de ato ilícito, contudo, nem todo direito violado constitui em ilícitos.

Neste sentido, leciona Sílvio Venosa (2017, p.428), que a supramencionada legislação federal fundamenta a responsabilidade civil no artigo 186², 187³, e, nos incisos I e II do artigo 188⁴ tipifica as

² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002).

³ Art. 187: 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, 2002).

⁴ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. (BRASIL, 2002).

excludentes da responsabilidade civil, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa e o exercício regular de direito, além disso, o caso fortuito e a força maior art. 393⁵, também afasta a responsabilidade do agente por romper o nexo de causalidade, visto que tais acontecimentos escapam ao poder do causador do dano. Nesse sentido ilustra Carlos Roberto Gonçalves (2012), a seguinte situação:

[...] se a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter o motorista “causado” o acidente, pois este, na verdade, foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta, sim, responsável exclusiva pelo evento. (GONÇALVES, 2012, p.732)

No ilustrado acima, culpa é exclusiva da vítima, portanto não há em se falar em responsabilizar o motorista, agora, se a culpa for tanto da vítima quanto do causador, Venosa (2017, p.424), se a culpa for concorrente entre a vítima e o causador do dano, a responsabilidade e a indenização são repartidas.

Não obstante, embora a Lei Federal Civil declare que os atos praticados em excludentes de responsabilidade civil não sejam ilícitos, não significa dizer que necessariamente desobrigar a reparação do prejuízo, de acordo com o previsto no artigo 929⁶ do Código Civil, se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, não forem culpados do perigo, terão o direito da reparação do prejuízo que sofreram. E, se o evento ocorreu por culpa de outrem, o causador do dano, poderá entrar com ação regressiva contra este, com objetivo de ressarcir as despesas efetuadas, como dispõe o art. 930⁷ da mesma legislação federal. (GONÇALVES, 2017, p.564).

Estes fenômenos de excludente da reparação civil, são explicados por Flavio Tartuce (2014) como estado de necessidade defensivo e agressivo:

[...] o estado de necessidade defensivo está presente quando o agente, para preservar bem jurídico próprio ou alheio, sacrifica bem pertencente ao causador da situação do perigo. É o caso da pessoa que destrói a casa do causador de um incêndio para salvar uma criança [...]. Em situações tais, não haverá dever de indenizar. (TARTUCE, 2014, p. 410) Por outro lado, haverá estado de necessidade agressivo quando o agente, mais uma vez para preservar um bem jurídico, sacrifica um bem pertencente a terceiro. Em casos como o descrito, pelo que consta do próprio Código Civil (art. 929 do CC), haverá dever de indenizar. Mas, na última situação, haverá direito de regresso contra o real causador do evento danoso, pelo que consta do art.930 da codificação. (TARTUCE, 2014, p.411)

Já a legítima defesa, o Código Civil (BRASIL, 2002), utiliza-se do mesmo conceito do Código Penal (BRASIL, 1940), inserido no artigo 25⁸, qual seja de não admitir justiça com as próprias mãos, mas ação necessária para repelir agressão injusta, atual ou iminente, posta contra si ou terceiro, e, de forma moderada para que não seja configurado ato ilícito. Mas, se o ato danoso, atingir terceiro ou bens deste, não sendo causador do perigo, o dano deve ser reparado, podendo o causador entrar com ação regressiva contra ofensor, conforme dispõe o parágrafo único⁹ do artigo 930 do Código Civil. (VENOSA, 2017, p.428).

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.560) leciona que somente a legítima defesa real, praticada contra o próprio agressor, não há responsabilidade do agente causador, mas, se por engano ou erro de pontaria, atingir senão o agressor, mas terceiro, nasce a obrigação de reparar o dano, cabendo ação regressiva contra o real agressor pela configuração da legítima defesa putativa. Nesse caso, o ato é ilícito, embora não seja punível com sanção penal, pois na esfera civil, a culpa mesmo que levíssima obriga a indenizar, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

⁵ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. (BRASIL, 2002).

⁶ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram (BRASIL,2002).

⁷Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado (BRASIL, 2002).

⁸ Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, 1940).

⁹ Art. 930. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I). (BRASIL, 2002).

No exercício regular de direito, de acordo com Flavio Tartuce (2014) trata-se do exercício regular da própria função do agente, seja por incumbência legal ou administrativa de atuação, como no exemplo a seguir:

É o que ocorre em relação a um policial quanto ao combate ao crime, e quanto ao bombeiro ao apagar um incêndio. Por tal conclusão, no exemplo que foi exposto quanto ao estado de necessidade, se um bombeiro arromba uma porta para salvar a criança de um incêndio, sua situação não está enquadrada no inciso II do art. 188 do CC. Dessa forma, não se aplica o art. 929 do mesmo Código, que disciplina o seu eventual dever de indenizar. Isso porque, para o caso do bombeiro, deve subsumir o inciso I do art.188. (TARTUCE, 2014, p.413).

Maria Helena Diniz (2012) complementa que nos casos subsumidos no inciso I, do artigo 188 do Código Civil Brasileiro, quando o agente ao exercer suas funções dentro dos limites, econômico ou social, pelo princípio da boa-fé ou pelos bons costumes, não responde pelo prejuízo causado:

O credor que penhora os bens do devedor, proprietário que ergue construção em seu terreno, prejudicando não intencionalmente a vista do vizinho. Só haverá "ato ilícito" se houver abuso do direito ou seu exercício irregular ou anormal. Deveras reza o art. 187 do Código Civil: "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". No uso de um poder, direito ou coisa além do permitido ou extrapolando as limitações de um direito, lesando alguém, traz como efeito jurídico o dever de indenizar. (DINIZ, 2012, p.65).

Outrossim, se o agente, excede manifestamente os limites impostos pela lei, comete abuso de direito, ou seja, comete ato ilícito, além de poder responder em outras esferas, nos termos do artigo 187 do Código Civil (VENOSA, 2017, p.429).

Dessa forma, pela regra geral a responsabilidade de indenizar decorre de atos ilícitos, ressalvados os casos de excludentes já mencionados.

PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, de acordo com Sílvio Venosa de Salvo (2017, p. 397), se divide em duas: subjetiva e objetiva, e em regra o Código Civil (BRASIL, 2002) adotou a primeira, que depende de demonstração de culpa do agente causador, (art. 927, *caput* do CC¹⁰); já a segunda, independe da culpa do agente, pois é aplicável quando a lei autoriza ou, no julgamento de um caso concreto, conforme (artigo 927, parágrafo único do CC¹¹).

Preconiza Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 552) “a responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva independentemente de culpa”.

Nesse sentido, entendem os pretórios:

Para que surja o dever de indenizar, é mister que estejam comprovadas nos autos as três premissas que o ensejam, a saber: a ação ou omissão dolosa ou culposa do agente, o dano experimentado pela vítima, e o nexo de causalidade entre ambos. Ausente qualquer destes elementos, não há como se compelir alguém ao pagamento de uma indenização. Recurso provido. (TJMG, 2000)

No que se refere a conduta, trata-se de uma manifestação do comportamento humano, que pode ser determinada pelo modo de agir, de se portar, de viver e conviver em sociedade. É classificada em conduta positiva e negativa, condicionada a violação ou não da norma vigente.

¹⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002).

¹¹ Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

Para Hans Kelsen (1998, p.11), quando o indivíduo se porta de acordo com a norma, cumpre seus preceitos, sua conduta é positiva, caso contrário, se descumpre, viola seus preceitos, e manifesta conduta negativa, pois contraria a norma, independente se esta é moral ou não.

Em relação ao nexos de causalidade, leciona Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 558) sem essa relação de causalidade, pode até ter ocorrido o dano, mas se a causa não estiver relacionada ao comportamento do agente, não existe a obrigação de indenizar, ou seja, da conduta e do nexos causal, exige a verificação da culpa do agente causador

Destarte Flavio Tartuce (2014, p. 263), a culpa pode ser conceituada como sendo o desrespeito a um dever preexistente, ou seja, quando o agente age com imprudência, por negligência ou imperícia.

Já para Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 557), a culpa consiste na falta de diligência exigido ao homem médio.

Assim, quando da ocorrência do dano, não sendo a vítima culpada, esta deve ser indenizada, sob pena de ser um fator de inquietação social. Nesse sentido, Venosa (2017, p.390):“um prejuízo ou dano que não é reparado, torna-se um fator de inquietação social”, tanto é direito o direito à indenização que está presente nos direitos e deveres individuais e coletivos da Constituição Federal de 1988, em seu o art.5, inciso X¹².

O dano pode ser definido como um mal ou prejuízo causado contra a pessoa ou seu bem, podendo ser classificado como patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral) esse não tem repercussão na órbita financeira do lesado (GONÇALVES, 2012, p.732).

No que toca ao dano moral, Sílvio Venosa (2017, p.356), o conceitua como “um prejuízo que não afeta o patrimônio econômico da vítima, mas afeta a mente, a reputação, a integridade física, estética, a saúde em geral, a liberdade, a honra, a manifestação do pensamento etc”.

Flavio Tartuce (2014, p.290) acrescenta que a finalidade do dano moral não é acréscimo patrimonial, mas uma reparação pelos males suportados pela vítima.

Em sentido oposto os danos patrimoniais ou material atingem diretamente o patrimônio da vítima, o entendimento da jurisprudência e da doutrina é que neste tipo de dano, não cabe reparação a dano hipotético ou eventual, necessita de prova efetiva, classificado, no artigo 402¹³ do Código Civil, em danos emergentes ou danos positivos e lucros cessantes ou danos negativos. (TARTUCE, 2014, p.281)

Nos danos emergentes ou danos positivos, é visível a diminuição do patrimônio da vítima, por exemplo, estrago de automóvel ou acidente de trânsito, sendo o oposto nos lucros cessantes ou danos negativos, são valores que a vítima potencialmente deixou de receber, de lucrar. no acidente de trânsito mencionado, caso a vítima fosse um taxista, que utiliza o veículo para o trabalho, poderia pleitear por lucros cessantes, pelo que deixou de receber ou de razoavelmente deixou de lucrar em razão do acidente. (TARTUCE, 2014, p.281).

Há ainda uma terceira classificação ao lado dos lucros cessantes e danos emergentes, a perda de uma chance. De acordo com Sílvio Venosa (2017):

Há forte corrente doutrinária que coloca a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento (Ghersj, 2000:63). Por isso, a probabilidade de perda de uma oportunidade não pode ser considerada em abstrato. (VENOSA, 2017, p.413)

Já o enunciado 444, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2011) diz que a Responsabilidade Civil pela perda de uma chance não se limita a categoria de danos extrapatrimoniais, podendo apresentar natureza jurídica de dano patrimonial:

A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida

[¹²]. Art. 5º .X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

¹³. Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL, 2002).

pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos. (CJF, 2011)

O enunciado da V jornada de direito civil, dá a entender que a responsabilidade civil pela perda de uma chance, pode atuar em duas frentes, por reparação extrapatrimonial e patrimonial, contudo há doutrinadores que a classificam apenas como patrimonial como, Sílvio Venosa (2017, p.415) leciona que o dano emergente é o que mais se aproxima a perda de uma chance, por ser tratar de um dano positivo e que se traduz numa diminuição de patrimônio da vítima, já que o lucro cessante é o que a vítima possivelmente deixou de lucrar, caso não tivesse ocorrido o dano.

Nesse seguimento, Nuno Santos Rocha (2014), equipara a perda de uma chance ao dano emergente, visto que, entende-se que a chance perdida é dotada de autonomia e já fazia parte do patrimônio do lesado, com a sua destruição só poderá ser juridicamente qualificada como dano emergente. (ROCHA, 2014, p.46)

Sem embargo, a jurisprudência tem tratado a perda de uma chance como um terceiro gênero de indenização, vejamos o RE 1.540.153-RS:

RECURSO ESPECIAL. AÇÕES EM BOLSA DE VALORES. VENDA PROMOVIDA SEM AUTORIZAÇÃO DO TITULAR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DANO CONSISTENTE NA IMPOSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO DAS AÇÕES COM MELHOR VALOR, EM MOMENTO FUTURO. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA OPORTUNIDADE. "A perda de uma chance é técnica decisória, criada pela jurisprudência francesa, para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante das lesões a interesses aleatórios. Essa técnica trabalha com o deslocamento da reparação: a responsabilidade retira sua mira da vantagem aleatória e, naturalmente, intangível, e elege a chance como objeto a ser reparado" (CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 922, ago, 2012). **Na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.** No lugar de reparar aquilo que teria sido (providência impossível), a reparação de chances se volta ao passado, buscando a reposição do que foi. É nesse momento pretérito que se verifica se a vítima possuía uma chance. É essa chance, portanto, que lhe será devolvida sob a forma de reparação. **A teoria da perda de uma chance não se presta a reparar danos fantasiosos, não servindo ao acolhimento de meras expectativas, que pertencem tão somente ao campo do íntimo desejo, cuja indenização é vedada pelo ordenamento jurídico, mas sim um dano concreto (perda de probabilidade). A indenização será devida, quando constatada a privação real e séria de chances, quando detectado que, sem a conduta do réu, a vítima teria obtido o resultado desejado.** (STJ, 2018)

Esta teoria da perda de uma chance tem ganhado “força” nos tribunais brasileiros, conforme será exposto no próximo item.

ORIGEM HISTÓRICA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance, teve sua origem na França, no ano de 1889, quando a Corte de Cassação francesa acatou o pedido de indenização reparatória, pela perda de uma chance de ganhar uma ação judicial, provocada por negligência de um funcionário ministerial obstando o normal andamento de sua ação judicial (ROCHA, 2014, p.16).

Desde este julgado, a teoria foi sendo aplicada às mais variadas circunstâncias, incluindo jogos de azar, competições desportivas, concursos públicos, até a perda da oportunidade de se obter uma promoção profissional, ou um emprego mais lucrativo (ROCHA, 2014, p.17).

A influência francesa e italiana fez-se também sentir em países da América do Sul, como o Brasil, sendo que um dos casos mais famosos foi o do programa televisivo “Show do milhão” julgado no RE 788459-BA, devido a uma pergunta mal formulada ocasionando a perda de uma chance da participante:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. (STJ, 2005)

No que toca à responsabilidade civil, o maior obstáculo em traduzir a perda da chance como indenizável, está na incerteza do dano, isso porque está ligada a uma expectativa frustrada, em decorrência da impossibilidade de saber se a “sorte” a despeito de determinada situação seria diferente do ocorrido. Para ilustrar: Caso a pergunta formulada tivesse uma resposta correta, poderia ter ganho um milhão? se o advogado tivesse entrado com recurso dentro do prazo teria a possibilidade de ganho da causa?

Tais questionamentos nada mais são que circunstâncias negativas que ocorreram em torno do indivíduo, ou seja, o ato ilícito que nasce da teoria da perda da chance decorre da privação imposta a vítima em obter uma “sorte diferente”.

Examinemos a ação trabalhista 0010496-18.2017.5.03.0153 (2017), ajuizada no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região, da 2ª Vara do Trabalho de Varginha-MG, juiz Murillo Franco Camargo. Na ação, a autora requereu o pagamento de indenização por danos morais e pela perda de uma chance, com a tese de que sua contratação era certa, por isso, pediu demissão ao empregador anterior, e logo não teve consumada sua admissão. Consideremos que realmente a não efetivação de sua contratação, foi lhe outorgado sérios prejuízos; à perda do emprego anterior, seu sustento e da família.

Para o magistrado, as provas colhidas no processo demonstraram que a expectativa foi criada e nutrida pela ré/ reclamada, tendo a autora o julgado procedente os seguintes pedidos:

[...] pagamento de três meses de salário, limitado ao valor do salário prometido (R\$975,00); o valor da indenização pela perda de uma chance fora quantificado pelo tempo de experiência, noventa dias, no total de R\$ 2.925,00 (dois mil novecentos e vinte e cinco reais).(TJMG, 2000)

Como observamos na ação trabalhista supramencionada, o conceito de chance, deve ser intrinsecamente ligado a chances reais, e a indenização em torno da projeção destas perdas.

Nesse sentido, leciona venosa (2013, p.41) que a indenização deverá fazer uma projeção das perdas, desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo final.

De acordo Nuno Santos Rocha (2014), a teoria da perda de chance trabalha com critérios de certeza e de incerteza, a certeza em relação à possibilidade séria e real de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo e, a incerteza se a vantagem teria efetivamente ocorrido ou se o prejuízo seria evitado. (ROCHA, 2014, p.38).

Afirma ainda, Nuno Santos Rocha (2014, p.39), a seriedade da chance deve ser analisada no caso concreto, fundamentada, justificada e cabe à vítima demonstrar da probabilidade de êxito, caso ilícito não tivesse ocorrido, acrescenta, para quantificar esta probabilidade de êxito, em valor é necessário perfilar por três operações distintas:

[...] Avaliar, primeiro, qual o valor económico do resultado em expectativa e, de seguida, a probabilidade que existiria de o alcançar, não fora a ocorrência do facto antijurídico. Este segundo valor, calculado numa percentagem – traduzindo a consistência e seriedade das chances –, terá que ser por fim aplicado ao primeiro, para que se possa finalmente obter o valor pecuniário do dano da perda de chance. (ROCHA, 2014, p, 41).

Ainda acerca do cálculo da indenização pela perda da chance, o ministro do Superior Tribunal de Justiça Francisco Cesar Asfor Rocha (2019), afirma que:

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça lançou luzes sobre esse tópico [...] responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. (2019, p.176)

Pelo que se percebe, o valor da indenização não equivale ao valor do prejuízo final, como encontrado no relatório do ministro relator Fernando Gonçalves RE 788.459-BA (2005):

Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). (STJ, 2005)

O que se conclui, que a teoria da perda de uma chance não presta a reparar danos hipotéticos e eventual, mas sim dano concreto pela perda da probabilidade de êxito, seja no trabalho ou mesmo numa demanda judicial, neste sentido vem sendo aplicada pela jurisprudência pátria, seja como um terceiro gênero de responsabilidade civil, como aduz Sílvio Venosa de Salvo (2013) por forte corrente doutrinária, ou como dano emergente Nuno Santos Rocha (2014, p.46) que entende que a chance perdida é dotada de autonomia e já fazia parte do patrimônio do lesado.

A partir das considerações dessa teoria, pode-se fazer um aporte com a ficção policial: “O poder e a Lei”, história que se passa em torno do advogado Mickey Haller, conforme será exposto.

A PERDA DE UMA CHANCE E A FICÇÃO O PODER E A LEI

O filme “O poder e a Lei” retrata a história fictícia do advogado criminalista Mick Haller (Matthew McConaughey), que faz do banco traseiro de seu carro (Lincoln) seu escritório, possuidor de comportamento pouco ético, recorre a invencionice para justificar os honorários abusivos; possuidor de desprezo por parte de autoridades por defender criminosos de alto grau de periculosidade social. Cabe ressaltar que a Constituição Federal Brasileira, artigo 5º, inciso LXIII, dispõe que, todo preso tem direito a assistência de advogado¹⁴ e o artigo 133¹⁵ que o advogado é indispensável para funcionamento da justiça, nossa constituição cidadã garante a todos independentemente do crime cometido o direito a assessoria jurídica.

Dentre estes criminosos, está Jesus Martinez, acusado de assassinar “brutalmente” dona Renteria, com mais de cinquenta facadas. Embora Martinez, sempre alegasse ser inocente, o advogado não assenti essa alegação, ante a possibilidade de receber quantia exigida para um julgamento demorado, acaba por acolher as provas da promotoria, que apontavam que Martinez era culpado, e como apresenta na ficção é sentenciado prisão perpétua.

O advogado Haller não nega assessoria jurídica, desde que o possível contratante, cumprisse com o acordado, justifica os valores exorbitantes dos honorários, pelo corrompimento de pessoas do sistema prisional, com objetivo de obter informações privilegiadas e antecipadas a interesse da defesa de seu cliente. Assim pelos moldes operandi Mick, Martinez não teria possibilidade de levar seu caso a julgamento.

Acontece que, o advogado não poderia conjecturar que caso o Jesus Martinez teria conexão com o do seu novo cliente, Louis Roulet, (interpretado por Ryan Phillippe), de família de alta classe, acusado de lesão corporal e tentativa de estupro. A conexão é percebida por Mick, pouco antes do início do julgamento de Louis, quando compara os tipos de lesão que sofreram as mulheres, fato este, posteriormente confessado por Louis ao patrono.

¹⁴ Art.5, LXIII O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (BRASIL, 1988).

¹⁵ Art.133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (BRASIL,1988)

Mick conhecendo os reais motivos de Louis ter o contratado, mantém a postura de advogado de defesa de Roulet, descobriu a versão da testemunha de acusação cujo objetivo também era ilícito, aproveitar como trampolim a ação criminal, a fim de conseguir reparação por danos.

Ainda no julgamento de Louis, o patrono, sabendo que a promotoria colocaria um detento como testemunha de acusação, enxerga a oportunidade de prejudicar Louis, faz chegar ao detento, informações capitais a respeito do assassinato da dona Renteria, e quando, detento começa a detalhar informações plantadas por Mick; o policial que prendeu Martinez, intimado por Haller para comparecer no julgamento de Louis, capta a armação do advogado, e associa Louis ao assassinato de dona Renteria. A ficção deixa sem conclusão aparente a respeito do desfecho do novo julgamento a respeito do homicídio de dona Renteria.

O que é cediço é que o patrono da ficção, pouco esmera seus préstimos, extrapola sua posição de advogado (em nossa visão de telespectadores), além de outras sanções, poderia sofrer condenação em sede de responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance. Neste sentido Sílvio Venosa (2013):

[...] Quanto ao dever de indenizar cumpre que no caso concreto se examine se o prejuízo causado pela conduta omissiva ou comissiva do advogado é certo, isto é, se, com sua atividade, o cliente sofreu um prejuízo que não ocorreria com a atuação da generalidade de profissionais da área. (VENOSA, 2013, p.271)

Cabe rememorar que a teoria da perda de uma chance deve ser analisada sob o enfoque de chances sérias e reais, e neste sentido o Informativo nº 0456 da Quarta turma do Superior Tribunal de Justiça (2010) diz que, para responsabilização dos profissionais da advocacia a análise do juízo deve ser sobre a real possibilidade de êxito do processo, que eventualmente perdida por desídia do patrono, vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA. CHANCE. A teoria de perda de uma chance (perte d'une chance) dá suporte à responsabilização do agente causador, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo que intermedeia um e outro: a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas. Nos casos em que se reputa essa **responsabilização pela perda de uma chance a profissionais de advocacia em razão de condutas tidas por negligentes, diante da incerteza da vantagem não experimentada, a análise do juízo deve debruçar-se sobre a real possibilidade de êxito do processo eventualmente perdida por desídia do causídico**. Assim, **não é só porque perdeu o prazo de contestação ou interposição de recurso que o advogado deve ser automaticamente responsabilizado pela perda da chance, pois há que ponderar a probabilidade, que se supõe real, de que teria êxito em sagrar seu cliente vitorioso**. Na hipótese, de perda do prazo para contestação, a pretensão foi de indenização de supostos danos materiais individualizados e bem definidos na inicial. Por isso, possui causa de pedir diversa daquela acolhida pelo tribunal a quo, que, com base na teoria da perda de uma chance, reconheceu presentes danos morais e fixou o quantum indenizatório segundo seu livre arbítrio. Daí, é forçoso reconhecer presente o julgamento extra petita, o que leva à anulação do acórdão que julgou a apelação. Precedentes citados: REsp 1.079.185-MG, DJe 4/8/2009, e REsp 788.459-BA, DJ 13/3/2006. REsp 1.190.180-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010. (STJ, 2010)

O supramencionado informativo do Superior Tribunal de Justiça, diz que, “não só porque perdeu prazo da contestação ou da interposição que deve automaticamente responsabilizado”, contudo, como se trata de um informativo, não necessariamente vincula outros tribunais a sua observância, neste sentido encontramos muito em nossos tribunais pátrios, a aplicação da teoria da perda de uma chance, a desídia do causídico relacionada a perda de prazos:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. ADVOGADO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FALHA. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. DESÍDIA. PRESCRIÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONFIGURAÇÃO. RECURSO PROVIDO. **Cuida-se de ação de indenização promovida pelo vencedor, em face do próprio advogado, que olvidou a execução da**

sentença por período superior ao prazo prescricional de 3 (três) anos. Em se tratando de contrato de prestação de serviços advocatícios, a obrigação assumida pelo profissional é de meio e não de resultado, somente respondendo por seus atos, no exercício de seu ofício, se atuar com dolo ou culpa, devidamente demonstrados, a fim de prejudicar o interesse confiado ao seu patrocínio. Contudo, se comprovado que o réu não atuou em fase do processo que não dependia mais da interpretação dos aplicadores do direito (execução ou cumprimento de sentença), de sorte a refutar a sua tese que sua atuação é de meio e não de resultado, deve indenizar os prejuízos ocasionados ao cliente. **No caso concreto, a fase cuja inércia do réu gerou prejuízos ao autor era de resultado, isto é, bastaria a instauração do procedimento executivo para materialização do direito do cliente,** mormente quando não há notícia que a parte devedora é insolvente. **A inércia do advogado implica culpa suficiente para responsabilização integral pelos danos materiais,** decotando-se, contudo, o seu honorário contratual, pactuado naquela ação. **Viola o patrimônio imaterial do requerente a negligência do réu que, não obstante desempenhe seu papel para obtenção do resultado, em ação de indenização, olvida a execução do julgado, por mais de 3 (três) anos, ensejando a prescrição da respectiva pretensão, em benefício daquele que teve sua capacidade laboral consideravelmente reduzida.** (TJDFT, 2020)

Muito embora, presente também, por não cumprir determinação judicial, deixar de arrolar testemunhas, não recorrer de sentença favorável, não elide de prestar um serviço adequado:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS DECORRENTES DA NEGLIGÊNCIA DO ADVOGADO. CONFIGURAÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. SENTENÇA REFORMADA. Embora a obrigação do advogado seja de meio, tal fato não elide o seu dever de prestar serviço adequado aos interesses do seu cliente. **O advogado que deixa de cumprir parcialmente a determinação judicial para emendar a petição inicial, não arrola testemunha, nem apresenta réplica ou impugna os documentos da parte contrária, deixa prescrever em parte a pretensão, não recorre da sentença trabalhista quando a jurisprudência lhe era favorável, comete desídia no patrocínio da causa e deve responder pelos danos daí decorrentes. Nesse caso, a indenização é deferida pela perda da oportunidade processual, porquanto o autor não teve a justa defesa no processo trabalhista e, também, pela perda da possibilidade que teria se o escritório/réu tivesse interposto recurso e esse fosse apreciado pelo Segundo Grau da Justiça do Trabalho.** (TJDFT, 2015)

Dessa forma, nos casos de responsabilidade pela perda de uma chance a profissionais de advocacia, em razão de suas condutas tidas por negligentes, a análise do juízo deve debruçar-se sobre a real possibilidade de êxito do processo e eventualmente perdida por desídia do causídico, o que foi experimentando na ficção, pois não houve defesa exteriorizada pelo advogado no julgamento de Martinez, o que levou seu cliente a ser sofrer uma acusação injusta, conforme conclusão extraída pelo desfecho do próprio filme.

CONSIDERAÇÕES

Como exposto no presente artigo, a responsabilidade civil prevista no Código Civil (BRASIL, 2002) decorre da prática de ilícito, seja por ação ou omissão, negligência ou imprudência que viola o direito de outrem, salvo se esses atos subsumirem nas excludentes: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito, caso fortuito, força maior e a culpa exclusiva da vítima.

Cabe rememorar que embora a Lei Federal Civil (2002) declare que os atos praticados nessas excludentes não sejam ilícitos, não significa dizer que, abonem em todas as situações a reparação do prejuízo, fato este que o legislador buscando preservar o bem jurídico de terceiros, que não deram causa ao dano, tenham a justa reparação, sendo resguardado o direito ao destruidor da coisa ou bem, entrar com ação regressiva contra o verdadeiro ofensor.

Assim, para que nasça a pretensão da reparação civil, é necessário que a culpa do ofensor faça uma ligação entre o dano e a causa, ou seja, o comportamento do ofensor deve ser negativo, contrariando a norma posta e, causando danos à vítima.

Os danos podem ser denominados como material ou moral, este afeta a mente, a reputação, a integridade, o primeiro atinge diretamente o patrimônio da vítima, exige-se a comprovação, do dano causado. No que toca aos danos materiais, são subdivididos em danos emergentes e lucros cessantes, sendo que nos danos emergentes há uma depreciação efetiva do patrimônio da vítima, como por exemplo estrago de automóvel no acidente de trânsito, enquanto os lucros cessantes, é valor que a vítima deixou de receber, de lucrar, em razão do ato ilícito cometido.

Há ainda, uma terceira classificação ao lado dos lucros cessantes e danos emergentes, ou tão somente como dano emergente, que seria a perda de uma chance ou oportunidade, o qual a jurisprudência pátria tem se valido desta teoria, ao entender que a vítima não alcançou seu objetivo ou não conseguiu amenizar um prejuízo, por ato ilícito cometido por terceiro.

Esta teoria também tem sido aplicada em desfavor dos causídicos; no entanto, como vimos no alinhamento da doutrina e da jurisprudência, a atividade do advogado é de meio, e no caso concreto, exige-se a análise das reais possibilidades de êxito no processo caso a chance não fosse frustrada pela conduta negligente do patrono.

Na ficção, o advogado denota um comportamento sem esmero pelo desenvolvimento da atividade, suborna agentes públicos, vale-se de mentiras para justificar seus honorários, e ante a impossibilidade de recebê-los ameaça “abandonar” o caso, e na maneira que sugere ao cliente o acordo, acaba censurando a possibilidade de levar o caso a julgamento, o que, se fizesse provavelmente o resultado poderia ser diferente.

Assim, esse procurador da ficção age com indolência, falta de zelo, negligência como visto no caso de Jesus Martinez, que sempre alegou ao patrono sua inocência, e este ao invés de apurar tais alegações e possíveis contradições nas provas apresentadas pela promotoria, simplesmente as anui, “condenando” seu protegido. Diante disso, entende-se que o causídico, poderia sofrer sanção em sede de responsabilidade civil pela perda da chance.

Por fim, conclui-se que na teoria da perda de uma chance, a análise do juízo deve debruçar-se sobre a real possibilidade de êxito do processo eventualmente perdida por desídia do causídico, assim como verificado na ficção, pois, não houve defesa exteriorizada pelo advogado no julgamento, o que levou seu cliente a uma acusação injusta, conforme conclusão extraída pelo desfecho do próprio filme.

AGRADECIMENTOS.

A Deus, pela vida. A Universidade do Oeste Paulista - Unoeste, pela oportunidade e pelo empenho neste tempo de pandemia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 19 jul. 2020.

BRASIL. DECRETO LEI 2.848, 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 12 jul. 2020.

BRASIL. LEI N.º 10.406, 10 DE JANEIRO DE 2002. Dispõe sobre o código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 12 jul. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil. Enunciado. Responsabilidade Civil. Perda de uma chance. Coordenadoria da comissão de Trabalho Paulo de Tarso Sanseverino. 08 e 09/11/2011. CJF. 2011. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>. Acesso em 30 jul. 2020.

Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 22ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESTADOS UNIDOS. O Poder e a Lei. Direção: Brad Furman. Produção: Lakeshore Entertainment SKE, Entertainment Stone Village, PicturesVillage Roadshow Pictures. Interpretes: Matthew McConaughey, Marisa Tomei, Ryan Phillippe e outros. Estados Unidos: Lionsgate, 2011. Amazon prime vídeo (158min.).

Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Kelsen, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Rocha, Francisco Cesar Asfor. A Teoria da Perda de uma Chance e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. ed comemorativa 30 anos do STJ. Brasília, STJ, p.165-190, 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout30anos/issue/view/463/showToc>. Acesso em 04 ago. 2020.

ROCHA, Nuno Santos. A Perda de uma Chance como uma nova espécie de dano. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

STJ. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão. Recurso Especial. Ações em Bolsa de valores. Venda promovida sem autorização do titular. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Dano consistente na impossibilidade de negociações das ações com melhor valor, em momento futuro. Indenização pela perda da oportunidade. Nº 1.540.153-RS (2015/0082053-9). Relator Luís Felipe Salomão. DJ: 17/04/2018. STJ, 2018 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84115604&num_registro=201500820539&data=20180606&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 22 jul. 2020.

STJ. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão. Recurso Especial. Improriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. Recurso Especial Nº 788459-BA (2005/0172410-9). Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJ: 08/05/2005. STJ, 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2119427&num_registro=200501724109&data=20060313&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 22 jul. 2020.

STJ. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Informativo 456. Responsabilidade Civil Advogado Perda Chance. Quarta Turma do STJ DJ: 16/11/2010. STJ, 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=%40cod%3D%27456%27&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=21>. Acesso em: 22 jul. 2020.

TJDFT. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Acórdão. Apelação Cível: Direito civil e processual civil. Indenização. Prejuízos decorrentes da negligência do advogado. Configurado. Perda de uma chance. Sentença reformada. Acórdão. 861376, 20130410038077APC. Relator Sebastiao Coelho. DJ: 23/04/2015. TJDFT, 2015. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=861376&idDocumento=861376. Acesso em: 23 jul. 2020.

TJDFT. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Embargos de Declaração. Processo Civil. Apelação. Advogado. Contrato de prestação de serviços. Falha. Cumprimento da sentença. Desídia. Prescrição. Danos Materiais e Morais. Configuração. Recurso Provido. 0701500-24.2019.8.07.0002. Relator Leila Arlanch. DJ 01/07/2020. TJDF. 2020. Disponível em: <https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=844bf1076e7db54431f79ad2bf9018f0358ff95c38fa03a56fc2439ce425fab983b2394ff42adcbc3ccdb8a4c9f1f23589748505770fce2e&idProcessoDoc=17852335>. Acesso em 28 jul.2020.

TJMG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Espelho do Acórdão. Ementa. Para que surja o dever de indenizar. Apelação Cível: 2.0000.00.307308-5/000, 3073085-34.2000.8.13.0000. Relator Edivaldo George dos Santos. DJ: 03/06/2000. TJMG, 2000. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=93AECFDD7D0ECFC704D83A78758A2529.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.307308-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 27 jul.2020.

TRT3. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 2ª VARA DO TRABALHO DE VARGINHA. Sentença. Da relação havida entre as Partes. Apelação Cível: 0010496-18.2017.5.03.0153. Sentença: Juiz Murilo Franco Camargo. DJ: 15/05/2017. TRT, 2017. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010496-18.2017.5.03.0153>. Acesso em 27 jul.2020.

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 17ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ABANDONO AFETIVO E O DEVER DE INDENIZAR

Ariany Brandão Pavarina Avellar, Giovana Carla Bessa, Fabiane Alves Thomaz, Francislaine de Almeida Coimbra Strasser

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: naanybrandao@gmail.com

RESUMO

Busca-se, através do presente artigo, analisar questões acerca do abandono afetivo, bem como a possibilidade da responsabilidade civil dos pais em relação aos seus filhos. Por ser um tema de grande relevância para a sociedade, o estudo descreverá sobre o afeto, abandono, princípios constitucionais, tais como o da afetividade e o da paternidade responsável; a violação do direito constitucional, o dever de cuidado e de convivência familiar. Serão analisadas jurisprudências, nas quais abordam sobre o tema estudado, preponderando o questionamento referente à existência da proteção dos filhos contra o abandono afetivo. Conclui-se que a possibilidade dessa reparação de danos decorrente do abandono deve ser feita sempre de maneira cautelar, observando os elementos conexos entre a conduta de abandono afetivo do genitor e o dano emocional causado ao menor, a fim de buscar a melhor solução para o infortúnio. O método foi o indutivo e dedutivo, sem prejuízo de, às vezes, do discurso dialético.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Convivência Familiar. Indenização. Violação Constitucional. Responsabilidade Civil.

EMOTIONAL ABANDONMENT AND THE DUTY TO INDEMNIFY

ABSTRACT

This article aims to analyze questions about emotional abandonment, as well as the possibility of the civil responsibility of parents in relation to their children. As a theme of great relevance to society, the study will describe the affection, abandonment, constitutional principles, such as the affectivity and responsible parenthood, the violation of the constitutional right and the duty of care and family coexistence. Jurisprudences will be analyzed, in which they address the subject studied, preponderant the question regarding the existence of protection of children against affective abandonment. It is concluded that the possibility of such compensation for damages resulting from abandonment must always be made in a precautionary manner, observing the elements related between the abandonment conduct. The method was inductive and deductive, without prejudice to, sometimes, dialectical discourse.

Keywords: Affective Abandonment. Family living. Indemnify. Constitutional Violation. Civil responsibility.

INTRODUÇÃO

A sociedade vive em constante evolução e, conseqüentemente, o direito de família sofre transformações em seu conceito, bem no modo de se relacionar no âmbito familiar. Diante deste cenário de alterações, incluímos a responsabilização dos pais por abandono afetivo com umas novas vertentes no meio familiar.

O tema é de extrema relevância, visto que há diversas correntes de juristas que são favoráveis à responsabilização dos pais diante dos filhos, quando estes são abandonados afetivamente, e que como decorrência deve ser aplicada uma indenização a fim de reparar os danos. Esta corrente expõe que o abandono moral e psicológico poderia ser considerado um ilícito civil previsto no artigo 186 do Código Civil de 2002. Portanto, defendem a possibilidade da existência de danos morais nas relações familiares, pois entendem que o ordenamento jurídico brasileiro trata do tema de maneira ampla e irrestrita, podendo regular inclusive as relações no âmbito familiar. Todavia, há correntes que são contrárias a essa

responsabilização pela falta de afeto, por resguardar a ideia que o amor não se trata de um objeto de compra.

Desta forma, a problemática está pautada na possibilidade de condenação dos pais por abandono afetivo, através de uma interpretação do ordenamento jurídico brasileiro com base nos princípios do direito de família.

Pretende-se apresentar que é possível a aplicação da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família e decorrer deste a condenação ao pagamento de indenização por danos morais nas relações familiares, quando tratar-se do abandono afetivo pelos pais.

METODOLOGIA

O presente artigo foi desenvolvido através de pesquisas bibliográficas, fichamentos, leituras da legislação nacional, doutrinas relevantes, além de jurisprudências de tribunais superiores. Para alcançar os objetivos desejados, aplicam-se os métodos indutivo e dedutivo, sem prejuízo de, às vezes, discurso dialético.

RESULTADOS

Os resultados obtidos pelo estudo em questão ressaltam sobre a discussão acerca do dever de indenizar.

O desfecho traz a ideia de que, a inércia dos genitores em relação a sua prole deve ser reparada, porém, tampouco suprirá os efeitos negativos causados pelo abandono afetivo.

No entanto, faz-se necessário, uma vez que a sociedade poderá desenvolver reflexões a respeito da paternidade responsável.

DISCUSSÃO

ABANDONO AFETIVO – TEORIA DO DESAMOR

Para que seja possível compreender a definição do que venha a ser abandono afetivo, se faz necessário ponderar sobre o que é o afeto.

Designado como a arte de amar o próximo, Zygmunt Bauman refere-se ao afeto como:

Amar o próximo como a si mesmo coloca o amor-próprio como um dado indiscutível, como algo que sempre esteve ali. O amor-próprio é uma questão de sobrevivência, e a sobrevivência não precisa de mandamentos, já que outras criaturas (não-humanas) passam muito bem sem eles, obrigado. Amar o próximo como se ama a si mesmo torna a sobrevivência humana diferente daquela de qualquer outra criatura viva. Sem a extensão/transcendência do amor-próprio, o prolongamento da vida física, corpórea, ainda não é, por si mesmo, uma sobrevivência humana — não é o tipo de sobrevivência que separa os seres humanos das feras (e, não se esqueçam, dos anjos). O preceito do amor ao próximo desafia e interpela os instintos estabelecidos pela natureza, mas também o significado da sobrevivência por ela instituído, assim como o do amor-próprio que o protege (BAUMAN, 2004, p. 46).

No entanto, por se tratar de um sentimento subjetivo, ninguém pode ser obrigado a amar alguém, porém, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil (BRASIL, 2002) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) reconhecem o dever de cuidado dos pais em relação aos seus filhos.

Agora, em relação ao abandono, existem três espécies no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser material, intelectual e afetivo.

Conforme previsto no artigo 244 do Código Penal (BRASIL, 1940), o abandono material caracteriza-se como conduta ilícita.

Tipificado também pelo artigo 229 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e artigos 4º, 19 e 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1990), o abandono intelectual ocorre sempre que os pais, sem justo motivo e, em idade escolar, deixarem de prover a instrução primária aos seus filhos.

Já o abandono afetivo “pode ser configurado quando há um comportamento omissivo, contraditório ou de ausência de quem deveria exercer a função afetiva na vida da criança ou do adolescente” (BASTOS; LUZ; 2008, p. 70).

Nota-se que, conhecido também como teoria do desamor, o abandono afetivo pode ser compreendido como a omissão de cuidado, criação, educação e assistência que os pais possuem para seus filhos enquanto estes ainda são crianças e adolescentes.

Nesse contexto, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, regulamenta que a responsabilidade pelo filho não se resume apenas no dever de alimentar, mas sim no dever de auxiliar o desenvolvimento da criança, com base no princípio da dignidade da pessoa humana:

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).

Desta forma, caracteriza-se quando o genitor (a) que, possui o dever de prestar assistência emocional ao filho, não o faz.

Vale ressaltar que, não é a falta de amor que gera dano, uma vez que o Estado não pode impor de forma coercitiva o cumprimento dessa obrigação, mas sim o fato de negar amparo, assistência moral e psíquica, descumprir deveres e assim violar o direito fundamental, qual seja a convivência familiar.

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade é o que fundamenta todo vínculo familiar moderno, ou seja, preconiza que todas as relações familiares sejam constituídas com base no afeto.

De acordo com o doutrinador Pablo Stolze (2011, p. 90): “[...] o próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação científica, deriva – e encontra a sua raiz ôntica – da própria afetividade. Vale dizer, a comunidade de existência formada pelos membros de uma família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula, sem aniquilar as suas individualidades.”

É certo que o afeto tem sido considerado primordial para toda e qualquer relação no âmbito familiar e, sendo assim, mesmo que não conste expressamente no texto constitucional, não se pode negar que é direito fundamental decorrente da Dignidade da Pessoa Humana e “deve ser entendido como o estado psíquico ou moral, afeição” (LEITE, 2010, p. 83).

O artigo 1.634 do Código Civil de 2002 determina os deveres dos genitores em relação à sua prole:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 ; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) (BRASIL, 2002).

Analisando o dispositivo, é notável que o dever dos pais não se limita apenas em prestar sustento, criar e educar um filho vai muito além do valor patrimonial.

A ilustre Ministra Nancy Andrighi é precisa ao mencionar o quão importante e essencial são os deveres dos pais em relação aos seus filhos:

O desvelo e atenção à prole não podem mais se tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fatos importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2012).

Sendo assim, pode-se considerar um deslize a ideia de que os pais são aqueles que somente dão aos seus filhos proteção material, já que na realidade um filho necessita de amparo emocional, ou seja, de carinho, de afeto e educação, para que possa evoluir de forma saudável.

O simples pagamento de pensão alimentícia não descaracteriza a situação de abandono afetivo, ou seja, afeto e sustento financeiro não se confundem.

Desta feita, surge a discussão acerca da possibilidade da responsabilização civil por abandono afetivo, visto que, seja uma forma de tentar amenizar os danos em decorrência do direito violado.

PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O princípio da paternidade responsável constitui uma ideia de responsabilidade que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família. O princípio em tela é garantido expressamente no art. 226, § 7º da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Brasil, 1988).

Gonçalves (2007, p.8) ensina que o planejamento familiar se trata de uma decisão do casal, que por sua vez é pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Essa responsabilidade prevista é de ambos os genitores. Desta forma, a paternidade responsável deve ser exercida desde o momento da concepção e se prolonga até que se seja necessário o acompanhamento dos pais aos filhos, cumprindo assim a norma constitucional. Conforme supracitado a paternidade responsável está vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana no qual está instituído na Constituição Federal em seu artigo 1º, III: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.” (Brasil, 1988).

Portanto, os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, compõe a base para a composição da família no ordenamento jurídico brasileiro, pois trazem a ideia de responsabilidade, que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família (SANTOS, 2013, s. p.).

ABANDONO AFETIVO INVERSO

O abandono afetivo inverso embasa-se na ausência de cuidados dos filhos diante de seus pais. Jonas Figueiredo Alves (2013, s.p) o conceitua da seguinte forma: “Diz-se abandono afetivo inverso a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família.”

Sob mesmo ponto de vista Nalini (2009, s.p) aborda que os filhos sempre terão o dever ético com seus pais. Sendo este dever de convivência, dedicando tempo fins de amparar os pais idosos na necessidade de carinho afetivo.

Nesse sentido, o professor Álvaro Villaça Azevedo acrescenta que:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença. (AZEVEDO, 2004, p. 14).

Conseqüentemente o ordenamento jurídico estabeleceu a proteção integral do idoso, tanto na Constituição Federal (BRASIL, 1988), como no Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), estabelecendo especialmente direitos no âmbito familiar, em busca de garantir aos idosos uma vida digna e humanizada.

A Constituição Brasileira reconheceu a necessidade dos idosos serem amparados, pela família, pela sociedade, pelo Estado e pelo próprio Direito, recebendo atenção específica no artigo 229: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade." (BRASIL, 1988)

Em conformidade o Estatuto do Idoso, ampliou o dever de cuidado dos filhos em seu artigo 3º, ao assegurar ao idoso com absoluta prioridade: "a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária". (BRASIL, 2003).

Diante deste cenário, Vilas Boas demonstra sua indignação:

Infelizmente, precisou que tal dispositivo ficasse assim escrito. É vergonhoso que a obrigação, mais moral do que material, necessitasse ficar registrada na Lei Maior. Este dever é anterior a qualquer lei, é uma obrigação de cunho afetivo e moral. Qualquer filho que tenha caráter e sensibilidade terá que cumprir fielmente este dever de consciência. (VILAS BOAS, 2014, p.06).

Assim, uma vez violado o dever de amparo dos filhos aos genitores, têm o idoso o direito de exigir a compensação pecuniária, nos termos da legislação geral da responsabilidade civil vigente no Brasil.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

De modo geral, Cavalieri Filho (2011, p.38) conceitua a responsabilidade civil como uma conduta humana que, ao violar ou lesionar o direito de outrem causando prejuízo seja ele moral ou material, estará sujeito a reparação desse dano.

Em sua estrutura, para que seja garantida a reparação do dano ou que este seja ao menos compensado, admite-se a teoria subjetiva que está relacionada à culpa do infrator e, também a objetiva que é entendida como a teoria do risco, sem culpa.

O Código Civil dispõe no artigo 927 a obrigação de indenizar: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo". (BRASIL, 2002).

Traz em seu artigo 186 também: "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 Direito de Família, amplos são os questionamentos doutrinários e jurisprudenciais quanto à aplicação e à efetivação da responsabilidade civil diante uma situação de abandono efetivo, visto que, muitos defendem a ideia de que o afeto e o amor não configuram ato ilícito, logo, não podem ser penalizados.

Todavia, proteger a família vai além de um dever, trata-se de proteger a própria dignidade humana e, quando esse dever é descumprido há grandes chances de causar danos irreversíveis ao menor abandonado.

Segundo Hironaka:

O que produzirá o liame necessário – nexos de causalidade essencial para a ocorrência da responsabilidade civil por abandono afetivo deverá ser a consequência nefasta e prejudicial que se produzirá na esfera subjetiva, íntima e moral do filho, pelo fato desse abandono perpetrado culposamente por seu pai, o que resultou em dano para a ordem psíquica daquele. (HINORAKA, 2006, p. 568-582).

De fato, o mero abandono não configura reparação se não estiver demonstrado o dano, logo, a responsabilidade civil adotada no Direito de Família, terá em sua estrutura a teoria subjetiva e seus devidos elementos.

POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO

Conforme visto anteriormente, o artigo 1637 do Código Civil estabelece a possibilidade de penalização da destituição ou a suspensão do poder familiar aos genitores do menor caso não cumpram aquilo que é determinado em seus incisos, vejamos:

Art. 1637: Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou ao Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. (BRASIL, 2002).

O art. 1638 do Código Civil também dispõe: “Art. 1638: Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II- Deixar o filho em abandono” (BRASIL, 2002).

Neste caso, o grande questionamento que se faz é se, tais medidas de penalização não acabariam por premiar o genitor infrator, deixando assim a situação de abandono inerte e a questão da reparação civil por abandono sem resposta.

Stolze e Pamplona asseveram que:

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor. (STOLZE; PAMPLONA, 2012, p.747).

Basicamente, esses autores entendem que a simples destituição do poder familiar não é o suficiente para que os genitores se conscientizem da irresponsabilidade, pois como já dito alhures, esta penalização pode ser vista como um favor para quem já não possuía ânimo algum de cumprir suas obrigações para com seus filhos.

O ressarcimento não tem como objetivo obrigar o genitor a cumprir com seus deveres, nem de dar preço ao amor, mas sim de atender as funções da indenização que são denominadas como compensatória, punitiva e dissuasória como forma de amenizar os danos causados à criança ou adolescente abandonado efetivamente.

Com a aplicação desse mecanismo de indenização por abandono afetivo, as futuras condutas irresponsáveis dos genitores poderão ser diminuídas, evitando assim, possíveis danos morais aos seus filhos.

POSICIONAMENTOS DESFAVORÁVEIS AO DEVER DE INDENIZAR

A possibilidade de reparação decorrente de abandono afetivo gera grande polêmica e opiniões divergentes do meio jurídico.

As opiniões contrárias declaram que a indenização não surte nenhum efeito prático de aproximação entre pais e filhos, devido ao fato de inexistir o dever jurídico de amar, e que este sentimento deve ocorrer de forma natural, razão pela qual não concordam com a aplicação da responsabilização civil no âmbito do abandono afetivo.

Autores como Carlos Roberto Gonçalves, divergem da possibilidade de indenização, argumentando que esta seria uma forma de “monetização do afeto”, e que este sentimento não deve ser obtido através de um valor imposto judicialmente, mas sim de maneira espontânea.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pelo indeferimento da indenização por abandono afetivo, com o argumento de que o abalo moral do menor não é gerador de responsabilidade civil ao genitor, pois não configura ato ilícito:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MORAL E MATERIAL – REVELIA – EFEITOS – PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE – COMPENSAÇÃO REQUERIDA PELO FILHO AO PAI – MANIFESTAÇÃO DE AMOR E RESPEITO ENTRE PAI E FILHO – SENTIMENTOS IMENSURÁVEIS – AUSÊNCIA DE ILICITUDE -NÃO CABIMENTO. – Revela-se incontestado a dor tolerada por um filho que cresce sem o afeto do pai, bem como o abalo que o abandono causa ao infante; entendo, no entanto, que a reparação pecuniária além de não acalantar o sofrimento, ou suprir a falta de amor paterno poderá provocar um abismo entre pai e filho, na medida em que o genitor, após a determinação judicial de reparar o filho por não lhe ter prestado auxílio afetivo, talvez não mais encontre ambiente para reconstruir o relacionamento. (Acórdão nº 1014508475498-8, Relator: Osmando Almeida, 30.01.2012).

Em sua obra, Venancio (2012, p.25) assegura que a penalização dos genitores estabelecida no Direito de família, sendo esta a destituição do poder familiar já tem função punitiva suficiente, não sendo necessária a intervenção do judiciário e, que referida aplicação de indenização resultaria no afastamento definitivo entre o genitor punido e o menor abandonado, e que nada contribuiria para o âmbito pedagógico.

Sucintamente, a grande maioria dos argumentos utilizados por essa corrente desfavorável à possibilidade de indenização por abandono efetivo é baseado no valor moral de que o afeto não pode ser comprado e nem compensado, porém, este posicionamento é minoritário.

POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS AO DEVER DE INDENIZAR

Em grande massa, doutrinas e jurisprudências vêm afirmando que a partir do momento em que os pais violam ou lesionam algum direito de seus filhos que estão elencados nos artigos já referidos, estes estão cometendo ato ilícito, visto que, através dessa conduta irresponsável, grandes abalos psicológicos podem ser gerados.

Segundo o entendimento de DIAS (2011, p. 416), o fato de produzir danos emocionais ao menor decorrente da privatização de afeto ou a vivência doméstica já é motivo suficiente para o ressarcimento.

A natureza desta indenização não diz respeito à ausência de recursos financeiros, isto porque, a obrigação de pagar alimentos já é garantida legalmente, bem como, não busca o restabelecimento do amor, este que já foi perdido ao longo do tempo.

Silva, explica o objetivo da ação de indenização:

Não se trata, pois, de "dar preço ao amor" como defendem os que resistem ao tema em foco, tampouco de "compensar a dor" propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave. (SILVA, 2011, p.42).

Em poucas palavras o autor assevera que o filho não busca o amor que nunca lhe foi dado, mas unicamente busca pelo ressarcimento do dano psicológico que lhe foi causado, e não é certo que os filhos sejam penalizados ainda que moralmente pela conduta insensata de seus pais.

Em 2012, houve grande repercussão quanto à possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, com a decisão prolatada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de forma unânime:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à Responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242. 3ª Turma Recursal. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. São Paulo, SP, data de Julgamento: 24.04.2012).

A Ministra Nancy Andrighi, nesse julgado supramencionado trouxe ainda distinção entre a penalização da perda do poder familiar e a possibilidade de reparação pecuniária, pois a primeira tem como objetivo resguardar a integridade física e moral, já a indenização não possui apenas natureza jurídica de sanção, mas também é uma forma de compensar o abandonado pelo dano sofrido.

Dessa forma, é necessário que cada caso seja analisado individualmente para que seja observado se de fato estão presentes todos os requisitos para a caracterização da possibilidade de indenização, sejam eles: conduta, dano e nexo de causalidade.

A tendência da jurisprudência dos Tribunais a favor da aplicação da indenização pelo abandono afetivo vem ganhando grande espaço no mundo jurídico e o posicionamento de que esse abandono configura ato ilícito se tornou majoritário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, não restam dúvidas sobre a importância da figura familiar na formação da personalidade de uma criança ou adolescente, visto que, são sujeitos de direito fundamental, mercedores de especial proteção por parte da família, sociedade e Estado.

Referida proteção não está relacionada somente a recursos financeiros, mas também diz respeito ao afeto, carinho, o emocional que decorre da convivência familiar.

Uma vez violado os direitos elencados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, danos irreversíveis podem ser causados e é por isso que os princípios norteadores do Direito, como o da dignidade e da paternidade responsável garantem essa proteção de que os pais devem cumprir com as suas obrigações.

Em virtude dos motivos expostos, foi constatada a possibilidade de gerar responsabilidade civil aos genitores que abandonam afetivamente seus filhos, pois tal conduta configura ato ilícito por grande parte das doutrinas e jurisprudências.

Sendo possível também gerar responsabilidade civil em casos de abandono afetivo invertido, pois o princípio da dignidade humana deve sempre prevalecer no âmbito familiar.

O intuito da ação de indenização por abandono afetivo como demonstrado, visa à conscientização da sociedade diante a garantia de proteção que o menor adquiriu no ordenamento jurídico ao longo do tempo e que, se desprotegidos, os responsáveis sofrerão penalizações, bem como busca compensar o abandonado pelo dano causado.

Por fim, a possibilidade dessa reparação deve ser feita sempre de maneira cautelosa, observando sempre os elementos conexos entre a conduta de abandono afetivo do genitor e o dano emocional causado ao menor, a fim de buscar um direito real e não por pretensões distintas com o intuito de vingança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, J. F. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Revista IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 16 de jul. de 2013. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 17 ago 2020

ÂMBITO JURÍDICO. **Princípio da paternidade responsável e sua aplicabilidade na obrigação alimentar**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/principio-da-paternidade-responsavel-e-sua-aplicabilidade-na-obrigacao-alimentar/>. Acesso em 17 ago 2020.

ÂMBITO JURÍDICO. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo/>. Acesso em 17 ago. 2020.

ANOREG. **O abandono afetivo à luz do STJ**. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/08/22/artigo-o-abandono-afetivo-a-luz-do-stj-por-adriana-rezende-alencar-ridolphi-oswaldo-ferreira-e-taua-rangel/>. Acesso em 18 ago. 2020.

BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da. **A responsabilidade civil pelo vazio do abandono**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**, ed. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2004.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17 ago. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 17 ago. 2020

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 17 ago. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 17 ago. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em 17 ago 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio: **Programa de Responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CONJUR. **Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>. Acesso em 18 ago. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os Contornos Jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material**. Repertório de Jurisprudência, v. 3, 2006.

IBDFAM. **O abandono afetivo paterno-filial, o dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/872/O+abandono+afetivo+paternofilial,+o+dever+de+indenizar+e+considera%c3%a7%c3%b5es+acerca+da+decis%c3%a3o+in%c3%a9dita+do+STJ>. Acesso em 17 ago. 2020.

JUS. **Abandono afetivo e os limites do dever de indenizar**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57256/abandono-afetivo-e-os-limites-do-dever-de-indenizar>. Acesso em 17 ago. 2020.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Claudia Maria Teixeira. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, nº 25 - Ago-Set 2011. Porto Alegre: Magister.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3ª Turma – **Recurso Especial nº. 1.159.242/SP**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 24 de Abril de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, **Acórdão nº 1014508475498-8**, Relator: Osmando Almeida, 30.01.2012.

VENANCIO, Alliny Pâmela. **Indenização por abandono afetivo**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/21837/indenizacao-por-abandono-afetivo>. Acesso em 20 ago. 2020

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do Idoso comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALGUMAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS QUE ASSEGURA DIREITOS AOS ANIMAIS.

Fabiana Nesta

Faculdades Integradas Antônio Eufrásio De Toledo De Presidente Prudente – FIAETPP, Presidente Prudente, SP. E-mail: advfabiananesta@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho antes de abordar sobre as legislações brasileiras que garante direitos aos animais, foi abordado sobre, as duas teorias mais conhecidas a respeito da origem da humanidade a teoria do Criacionismo e a teoria de Darwin, em um segundo momento foi explicado sobre a evolução humana sobre a ótica da teoria Evolucionista. Posteriormente foi elencado algumas definições do seria animais, para então posteriormente poder se fazer menção a alguns dispositivos legislativos presentes no ordenamento jurídico brasileiros que asseguram direitos aos animais.

Palavras-chave: Animais. Direito dos animais. Origem da humanidade.

SOME BRAZILIAN LEGISLATION THAT ENSURES ANIMAL RIGHTS.

ABSTRACT

The present work, before addressing the Brazilian legislation that guarantees animal rights, was approached about, the two most known theories regarding the origin of humanity, the theory of Creationism and Darwin's theory, in a second moment it was explained about human evolution from the perspective of evolutionary theory. Subsequently, some definitions of serious animals were listed, so that later on, mention could be made of some legislative provisions present in the Brazilian legal system that ensure animal rights.

Keywords: Animals. Animal rights. Origin of humanity

INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema é pelo simples fato da autora ter escrito em 2019 um resumo científico sobre: "AS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS QUE ASSEGURA DIREITOS AOS ANIMAIS"¹⁶, e acreditar atualmente que todas as obras literárias já escritas podem ser melhoradas, reescritas e superadas com o tempo.

O presente trabalho antes de abordar sobre as legislações brasileiras que garante direitos aos animais, foi abordado sobre, as duas teorias mais conhecidas a respeito da origem da humanidade a teoria do Criacionismo e a teoria de Darwin, em um segundo momento foi explicado sobre a evolução humana sobre a ótica da teoria Evolucionista. Posteriormente foi elencado algumas definições do seria animais, para então posteriormente poder se fazer menção a alguns dispositivos legislativos presentes no ordenamento jurídico brasileiros que asseguram direitos aos animais.

MÉTODOS

O presente trabalho científico foi realizado baseado em pesquisas bibliográficas e legislativas, e desenvolvido pelo método de pesquisa dedutivo e o método exploratório, buscando-se na doutrina nacional, e em legislações o conteúdo necessário para construir um raciocínio lógico.

RESULTADOS

¹⁶ NESTA, Fabiana Batista. AS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS QUE ASSEGURA DIREITOS AOS ANIMAIS. I FÓRUM DE DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, v. 1, n. 01, 2019.

Atualmente existe três principais legislações brasileira que garante o direito a proteção aos animais, sendo elas o Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 e o art. 225 da Constituição Federal. Sendo que a partir do art. 225 da Constituição Federal que vários Estados brasileiros criarão códigos para garantir a proteção ao direito dos animais. Importante frisar que não são todos os estados brasileiros que demonstram preocupação com os animais.

O direito dos animais não é algo insignificante, devendo ser as vezes lembrado que os animais também são seres vivos, que sentem dor, fome, medo, possuem sentimentos como os seres humanos. Os animais são seres inocentes e puros. Os animais não enxergam a maldade dos seres humanos, eles são indefesos, por isso são preciso leis para os proteger.

Importante frisar que grandes nomes ao longo da história da humanidade também foram a favor dos direitos dos animais e não haver maus-tratos contra eles, entre esses grandes nomes podemos encontrar: 16º Presidente dos Estados Unidos Abraham Lincoln, o filósofo do século XIX Arthur Schopenhauer, o médium Francisco Cândido Xavier conhecido como Chico Xavier, entre outros.

DISCUSSÃO

AS TEORIAS SOBRE A ORIGEM DA HUMANIDADE

A origem da humanidade apresenta uma vasta quantidade de teorias para explicar a origem da humanidade porem o presente trabalho se adentra somente a duas teorias, que são as duas teorias mais aceitas pela humanidade ao decorrer dos tempos até os dias atuais, que são a Teoria Criacionista e a Teoria de Darwin.

A teoria do criacionismo defende que a humanidade foi criada por Deus que em seis dias criou tudo que existe no universo e no sétimo dia ele descansou, decorrente como base a Bíblia segundo trechos extraídos do livro de Gênesis 1:

Deus fez os animais selvagens de acordo com as suas espécies, os rebanhos domésticos de acordo com as suas espécies, e os demais seres vivos da terra de acordo com as suas espécies. E Deus viu que ficou bom.

Então disse Deus: "Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança. Domine ele sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os animais grandes de toda a terra e sobre todos os pequenos animais que se movem rente ao chão".

Criou Deus o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou. (Gênesis 1:25-27)¹⁷

Em contra partida a teoria de Darwin também conhecida como a teoria da evolução ou evolucionismo, foi desenvolvida pelo cientista inglês Charles Darwin, esta teoria defende que a humanidade ao longo dos tempos veio sofrendo processos de evoluções tendo como decorrência um ancestral em comum que através de uma seleção natura chegou até o que é atualmente. A Teoria de Darwin não explica a princípio como a vida teria surgido de início, mas ela retrata basicamente de uma forma coerente como os seres vivos chegaram até o presente momento.

A EVOLUÇÃO HUMANA SOBRE A ÓTICA DA TEORIA EVOLUCIONISTA

A evolução humana consolidou-se através do livro "A origem das espécies" do autor Charles Darwin publicado em 1857 que posteriormente mais tarde a ciência de um modo geral também adotou esta teoria.

O homem segundo a ciência veio evoluindo até chegar aos dias atuais. A linha de evolução mais aceita do ser humano, é como se um *hominídeo* fosse substituído por outro *hominídeo* até chegar ao atual ser humano. Em outras palavras é como se um ser vivo fosse substituído por outro ser vivo até chegar ao ser vivo do presente momento.

Entre as principais espécies de hominídeos só serão abordados no presente trabalho duas espécies que são os *Australopithecuse* os tipos de *Homo*.

A ciência acredita que os *Australopithecus* estejam entre as primeiras espécies existentes de hominídeos, para uma melhor compreensão sobre os *Australopithecus* o presente trabalho aborda um trecho do livro de história volume 1 do autor Gilberto Cotrim que explica o seguinte:

¹⁷A bíblia (GÊNESIS 1:25-27).

Entre os primeiros hominídeos, entre os do gênero *Australopithecus*, termo que significa “macaco do sul”. Viveram na África há aproximadamente 4 milhões de anos. Caminhavam de pé (bipedismo), tinham dentes molares relativamente fortes e resistentes e cérebro com volume médio de 570 cm³. Supõe-se que comiam essencialmente vegetais, como gramíneas, raízes, sementes e brotos. Mas acredita-se que algumas espécies de *Australopithecus* também se alimentavam de lagartos, ovos e pequenos mamíferos. A maior parte deles existiu-se há cerca de 1 milhão de anos. (p.31)¹⁸

Com o passar dos anos, sendo aproximadamente 2 milhões de anos atrás, apresenta-se outra espécie de hominídeos sendo do gênero *Homo* que posteriormente o gênero *Homo* continuou a evoluir até surgir os seres humanos atuais.

Entre as espécies do gênero *Homo* o presente trabalho só irá se referir aos principais deles que é o *Homo Habilis*, o *Homo Erectus*, o *Homo Neanderthalensis* e ao atual ser humano também conhecido como o *Homo Sapiens* por apresentarem grandes semelhanças. Ambos se classificam como onívoros, ou seja, tendo uma alimentação baseada em carne, vegetais ou melhor comem de tudo já que o seu sistema digestório é adaptado para que se possa ter uma variação na alimentação. Os animais onívoros sempre foram conhecidos por serem predadores, ou seja, eles caçam alimentos para sua sobrevivência.

A grande vantagem de ser um animal onívoro é no quesito em se tratando de sobrevivência de espécies em caso de algum tipo de alimento, entre os alimentos de consumo entre em extinção pare de existir. Os animais onívoros conseguem suprir esta necessidade com outros alimentos garantindo assim a eles uma maior vantagem em se tratando de sobrevivência da sua espécie, coisa que um animal carnívoro ou herbívora não conseguiria. Exemplo bem claro é se faltasse carne poderia ser substituído por vegetais, se faltasse algum tipo de carne seria rapidamente substituída por outro tipo de carne ou outro tipo de comida. Ou seja, a capacidade de substituir um alimento por outro é o que garante uma maior capacidade de sobrevivência aos animais onívoros.

DEFINIÇÕES DE ANIMAIS

Atualmente uma das formas utilizadas para se classificar os seres vivos é utilizado o sistema de cinco reinos, criado em 1969 pelo cientista norte-americano Robert Whittaker, o sistema de cinco reinos é composto pela divisão das espécies em cinco reinos diferentes sendo eles divididos em: Monera, Protista, Plantae ou Metephyta, Anomalia ou Metazoa e o último grupo sendo o de Fungi.

Segundo o sistema de cinco reinos os animais são aqueles multicelulares que apresentam várias células em sua estrutura, que possuem célula eucariontes, ou seja, as suas células possuem um núcleo definido e são heterotróficos que são aqueles que se alimentam de outro ser vivo ou vegetais, ou seja, eles pertence ao grupo de consumidores, que são aqueles que são incapazes de através deles mesmos unicamente produzir o seu próprio alimento precisando de outros seres vivos para se alimentar e se desenvolver.¹⁹

O presente sistema de classificação dos seres vivos que atualmente é os cinco reinos pode ocorrer de sofrer modificações com o passar do tempo conforme a ciência acabe fazendo novas descobertas ou conforme aconteça algum processo de evolução entre os seres vivos abrindo-se assim margem para uma nova classificação.

Animais são todos aqueles seres que não são seres humanos, podendo ser anfíbios, aves, peixes, répteis (como as cobras e jacarés) e mamíferos (como cachorros, boi, gato, macaco, onça etc...).

A Lei nº 11.977 de 25 de agosto de 2005, ou seja, o Código de Proteção aos Animais do Estado de São Paulo traz em seu conteúdo legislativo as considerações sobre o que é considerado animais sendo subdivididos em seis espécies segundo rol do Art. 1º, Parágrafo único:

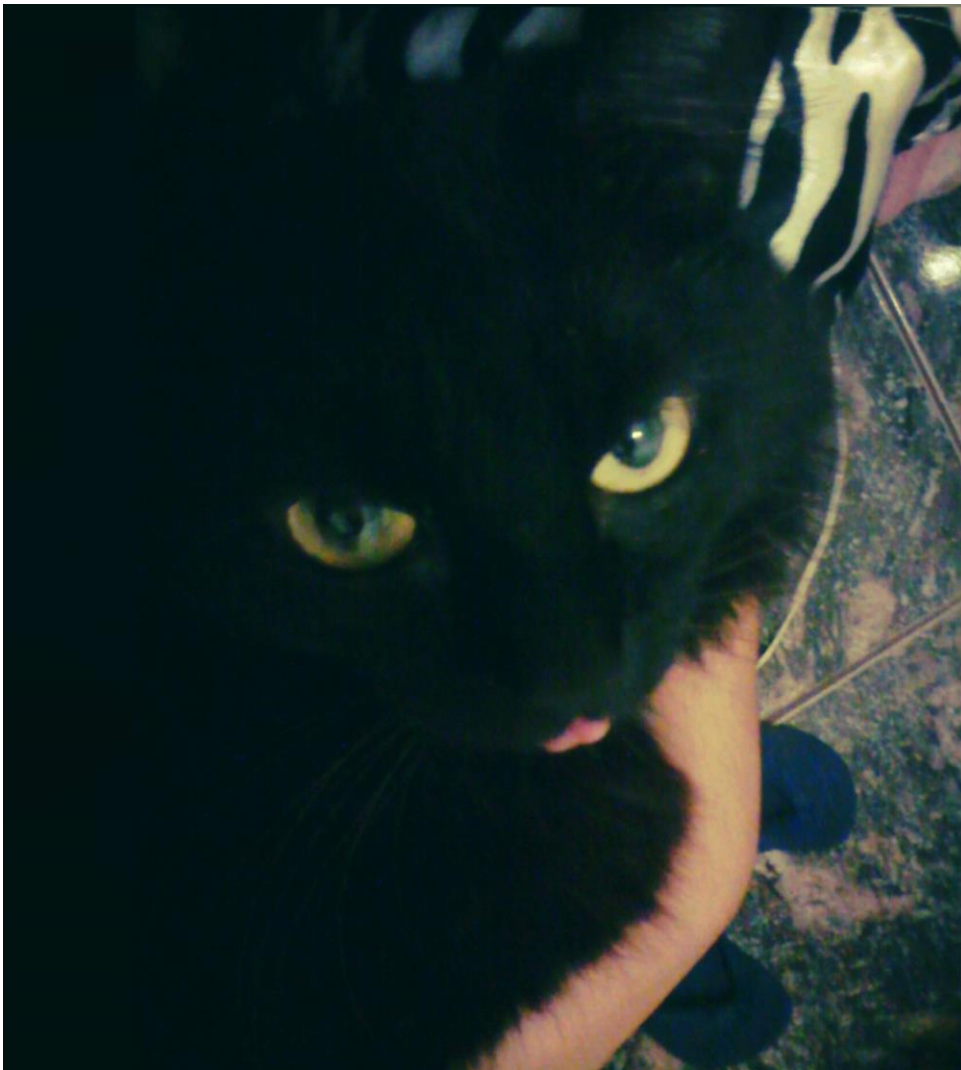
Artigo 1º- Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, estabelecendo normas para a proteção, defesa e preservação dos animais no Estado.

Parágrafo único - Consideram-se animais:

¹⁸ COTRIM, Gilberto. História global: Brasil e geral: volume 1/ Gilberto Cotrim. - 1. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁹ NESTA, Fabiana Batista. AS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS QUE ASSEGURA DIREITOS AOS ANIMAIS. I FÓRUM DE DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, v. 1, n. 01, 2019.

1. silvestres, aqueles encontrados livres na natureza, pertencentes às espécies nativas, migratórias, aquáticas ou terrestres, que tenham o ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras ou em cativeiro sob a competente autorização federal;
2. exóticos, aqueles não originários da fauna brasileira;
3. domésticos, aqueles de convívio do ser humano, dele dependentes, e que não repelem o jugo humano;
4. domesticados, aqueles de populações ou espécies advindas da seleção artificial imposta pelo homem, a qual alterou características presentes nas espécies silvestres originais;
5. em criadouros, aqueles nascidos, reproduzidos e mantidos em condições de manejo controladas pelo homem, e, ainda, os removidos do ambiente natural e que não possam ser reintroduzidos, por razões de sobrevivência, em seu habitat de origem;
6. finantrópicos, aqueles que aproveitam as condições oferecidas pelas atividades humanas para estabelecerem-se em habitats urbanos ou rurais.



O gato é um animal do grupo dos mamíferos e classificado como um animal doméstico.

ALGUMAS LEGISLAÇÕES ATUAIS QUE GARANTE DIREITOS AOS ANIMAIS NO BRASIL

Desde a origem da humanidade já se existia animais ou bichos por toda parte do planeta, entretanto vira e meche vem átona o questionamento se os animais não humanos possuem direitos ou não?

É uma questão ainda um tanto emblemática afirmar que os animais não humanos também possuem direitos, emblemática pois ainda se encontra dificuldades para se aceitar que todos os animais

possuem direitos, não somente alguns animais, mais sim todos os animais. Ainda se encontra dúvidas até onde um animal teria direitos, quais direitos humanos devem ser estendidos igualmente aos animais entre outros vários questionamentos sobre os direitos dos animais.

Porem o presente trabalho só irá se referir aos direitos existentes aos animais no Brasil.

O Decreto nº 24.645/34, possui 86 anos de vigência sendo a legislação mais antiga vigente no país se tratando de proteção aos direitos dos animais. No rol do art. 3º do Decreto nº 24.645/34, está definido o que é considerados maus tratos para o legislador:

Art. 3º Consideram-se maus tratos:

- I - praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal;
- II - manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz;
- III - obrigar animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo ato que resulte em sofrimento para deles obter esforços que, razoavelmente, não se lhes possam exigir senão com castigo;
- IV - golpear, ferir ou mutilar, voluntariamente, qualquer órgão ou tecido de economia, exceto a castração, só para animais domésticos, ou operações outras praticadas em benefício exclusivo do animal e as exigidas para defesa do homem, ou no interesse da ciência;
- V - abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrar-lhe tudo o que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária;
- VI - não dar morte rápida, livre de sofrimentos prolongados, a todo animal cujo extermínio seja necessário, parar consumo ou não;
- VII - abater para o consumo ou fazer trabalhar os animais em período adiantado de gestação;
- VIII. - atrelar, no mesmo veículo, instrumento agrícola ou industrial, bovinos com equinos, com muares ou com asininos, sendo somente permitido o trabalho em conjunto a animais da mesma espécie;
- IX - atrelar animais a veículos sem os apetrechos indispensáveis, como sejam balancins, ganchos e lanças ou com arreios incompletos incomodos ou em mau estado, ou com acréscimo de acessórios que os molestem ou lhes perturbem o funcionamento do organismo;
- X - utilizar, em serviço, animal cego, ferido, enfermo, fraco, extenuado ou desferrado, sendo que este último caso somente se aplica a localidade com ruas calçadas;
- XI - açoitar, golpear ou castigar por qualquer forma um animal caído sob o veículo ou com êle, devendo o condutor desprendê-lo do tiro para levantar-se;
- XII - descer ladeiras com veículos de tração animal sem utilização das respectivas travas, cujo uso é obrigatório;
- XIII - deixar de revestir com couro ou material com identica qualidade de proteção as correntes atreladas aos animais de tiro;
- XIV - conduzir veículo de tração animal, dirigido por condutor sentado, sem que o mesmo tenha bolaé fixa e arreios apropriados, com tesouras, pontas de guia e retranca;
- XV - prender animais atrás dos veículos ou atados às caudas de outros;
- XVI - fazer viajar um animal a pé, mais de 10 quilômetros, sem lhe dar descanso, ou trabalhar mais de 6 horas continuas sem lhe dar água e alimento;
- XVII - conservar animais embarcados por mais da 12 horas, sem água e alimento, devendo as emprêsas de transportes providenciar, sôbre as necessárias modificações no seu material, dentro de 12 meses a partir da publicação desta lei;
- XVIII - conduzir animais, por qualquer meio de locomoção, colocados de cabeça para baixo, de mãos ou pés atados, ou de qualquer outro modo que lhes produza sofrimento;
- XIX - transportar animais em cestos, gaiolas ou veículos sem as proporções necessárias ao seu tamanho e número de cabeças, e sem que o meio de condução em que estão encerrados esteja protegido por uma rêde metálica ou idêntica que impeça a saída de qualquer membro da animal;
- XX - encerrar em curral ou outros lugares animais em úmero tal que não lhes seja possível moverem-se livremente, ou deixá-los sem água e alimento mais de 12 horas;

- XXI - deixar sem ordenhar as vacas por mais de 24 horas, quando utilizadas na exploração do leite;
- XXII - ter animais encerrados juntamente com outros que os aterrorizem ou molestem;
- XXIII - ter animais destinados à venda em locais que não reúnam as condições de higiene e comodidades relativas;
- XXIV - expor, nos mercados e outros locais de venda, por mais de 12 horas, aves em gaiolas; sem que se faça nestas a devida limpeza e renovação de água e alimento;
- XXV - engordar aves mecanicamente;
- XXVI - despelar ou depenar animais vivos ou entregá-los vivos à alimentação de outros;
- XXVII - ministrar ensino a animais com maus tratos físicos;
- XXVIII - exercitar tiro ao alvo sobre patos ou qualquer animal selvagem exceto sobre os pombos, nas sociedades, clubes de caça, inscritos no Serviço de Caça e Pesca;
- XXIX - realizar ou promover lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente, touradas e simulacros de touradas, ainda mesmo em lugar privado;
- XXX - arrojear aves e outros animais nas casas de espetáculo e exibí-los, para tirar sortes ou realizar acrobacias;
- XXXI - transportar, negociar ou caçar, em qualquer época do ano, aves insetívoras, pássaros canoros, beija-flôres e outras aves de pequeno porte, exceção feita das autorizações para fins científicos, consignadas em lei anterior;

A Constituição Federal em seu art. 225, § 1º, inciso VII, garante que o Poder Público possui o dever legal de proteger os animais:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A Lei nº 9.605/98 conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais considera crime a prática de maus-tratos a animais, como elenca o rol do art.32 da presente lei:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Alguns dos Estados do país possuem legislações específicas de proteção ao direito dos animais os Estados como: Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo entre outros

O Estado do Rio Grande do Sul possui um código estadual de proteção aos animais sendo a Lei Ordinária 11.915, de 21 de maio de 2003, em seu art. 1º dispõe:

Art. 1º Institui o "Código Estadual de Proteção aos Animais" estabelecendo normas para a proteção dos animais no Estado do Rio Grande do Sul, visando a compatibilizar o desenvolvimento socioeconômico com a preservação ambiental.

O Estado do Paraná possui a Lei Ordinária nº 14.037, de 20 de março de 2003, se tratando de um código estadual de proteção aos animais, em seu art. 1º dispõe:

Art. 1º Institui o "Código Estadual de Proteção aos Animais" estabelecendo normas para a proteção dos animais no Estado do Paraná, visando compatibilizar o desenvolvimento sócio-econômico com a preservação ambiental.

O Estado de São Paulo possui uma lei específica que estabelece normas próprias para o abate de animais que são destinados para o consumo que é a Lei nº 7.705, de 19 de fevereiro de 1992. E ainda

possui a Lei nº 11.977 de 25 de agosto de 2005 sendo um condigo próprio de proteção ao direito dos animais, no art. 2º do referido Código de Proteção aos Animais do Estado de São Paulo elenca o que é proibido praticar a qualquer uma das espécies de animais como podemos observar a seguir:

Artigo 2º- É vedado:

I - ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência, prática ou atividade capaz de causar-lhes sofrimento ou dano, bem como as que provoquem condições inaceitáveis de existência;

II - manter animais em local desprovido de asseio ou que lhes impeça a movimentação, o descanso ou os privem de ar e luminosidade;

III - obrigar os animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo ato que resulte em sofrimento, para deles obter esforços que não se alcançariam senão com castigo;

IV - não propiciar morte rápida e indolor a todo animal cujo abate seja necessário para consumo;

V - não propiciar morte rápida e indolor a todo animal cuja eutanásia seja recomendada;

VI - vender ou expor à venda animais em áreas públicas sem a devida licença de autoridade competente;

VII - enclausurar animais conjuntamente com outros que os molestem;

VIII - exercitar cães conduzindo-os presos a veículo motorizado em movimento;

IX - qualquer forma de divulgação e propaganda que estimule ou sugira qualquer prática de maus-tratos ou crueldade contra os animais.

AGRADECIMENTOS

Dedico esta vitória aos meus pais que sempre me apoiaram, me incentivaram sempre a me superar e nunca desistir dos meus sonhos. Dedico também ao meu irmão caçula que sempre esteve do meu lado.

Por fim a autora, declara não haver qualquer potencial conflito de interesse que possa interferir na imparcialidade deste trabalho científico.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Português. Bíblia de estudo pentecostal. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: CPAD, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 11 ago. 2020.

Brasil. Decreto Nº 24.645, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24645-10-julho-1934-516837-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. Lei Federal Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm >. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. LEI Nº 7.705, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1992. Estabelece normas para abate de animais destinados ao consumo e dá providências correlatas. Disponível em: < <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1992/compilacao-lei-7705-19.02.1992.html> >. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. Lei Nº 11.977, de 25 de agosto de 2005. Código de Proteção aos Animais do Estado e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei-11977-25.08.2005.html> >. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. Lei Nº 14.037, DE 20 DE MARÇO DE 2003. INSTITUI O CÓDIGO ESTADUAL DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS. Disponível em: < <https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-14037-2003-parana-institui-o-codigo-estadual-de-protecao-aos-animais>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003. Institui o código estadual de proteção aos animais, no âmbito do estado do rio grande do sul. Disponível em: < <https://leisestaduais.com.br/rs/lei-ordinaria-n-11915-2003-rio-grande-do-sul-institui-o-codigo-estadual-de-protecao-aos-animais-no-ambito-do-estado-do-rio-grande-do-sul>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

DOWELL, Beatriz Mac. Pensar o animal. Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador: Editora Evolução, a. 3, n. 04, jan./dez. 2008.

LINHARES, Sergio. Biologia: volume único/ Sergio Linhares, Fernando Gewandsznajder. --1. ed.--São Paulo: Ática, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 4 ed., Editora RT, 2010.

NESTA, Fabiana Batista. AS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS QUE ASSEGURA DIREITOS AOS ANIMAIS. I FÓRUM DE DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, v. 1, n. 01, 2019. Disponível em: < <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aqhaarUjeokJ:intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/IFDIDH/article/download/8116/67649056+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 01 ago. 2020

RODRIGUES, Danielle Tetü. O direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SILINGOVSKI, Regina Rita Liberati (Coord); RODRIGUES, Ivy Fini; ORTEGA, Jakeline Margaret de Queiroz; MOLOGNI, Michele; SÁ, Renata Maria Moraes. Normas e padrões para trabalhos acadêmicos e científicos da Unoeste. 4.ed. Presidente Prudente: Universidade do Oeste Paulista, 2019. Disponível em: < <https://www.unoeste.br/site/biblioteca/documentos/Manual-Normalizacao.pdf>> Acesso em 19 ago.2020.

UNESCO. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. 1978. Disponível em: < http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12027&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=-471.html >. Acesso em: 11 ago. 2020.

CONTESTAÇÃO: O DIREITO À AMPLA DEFESA NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Silas Silva Santos, Geovanna Carrijo Dos Santos Dalefi Andrade, Leticia Rodrigues Biassot

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: silas@unoeste.br

RESUMO

O artigo trata do direito de defesa exercido por meio da contestação e aborda os principais aspectos que caracterizam o instituto. Mediante pesquisa de índole bibliográfica, estuda-se a contestação em seus predicados gerais e também em suas particularidades, tais como o princípio da eventualidade, o ônus da impugnação específica, as defesas processuais e as de mérito. Também são apreciadas as possíveis alegações do réu após a contestação, a correção do polo passivo, a arguição de incompetência e, por fim, o prazo para contestar. A investigação tem natureza aplicada e adota uma abordagem qualitativa, a fim de atingir um objetivo exploratório.

Palavras-chaves: contraditório; ampla defesa; processo civil cognitivo; procedimento comum; contestação.

CONTESTATION: THE RIGHT TO A FULL DEFENSE IN CONTEMPORARY CIVIL PROCEDURE

Civil Procedure, contradictory, defense.

ABSTRACT

The article refers to the right of defense exercised through contestation and addresses the main aspects that characterize the institute. Through bibliographic research, the contestation is studied in its general predicates and also in its particularities, such as the principle of eventuality, the burden of specific challenge, procedural defenses and such of merit. Also considers the possible allegations of the defendant after the defense, the correction of the liability, the claim of incompetence and, finally, the deadline to contest. The research has applicable nature and adopts a qualitative approach in order to achieve an exploratory objective.

Keywords: contradictory; wide defense; cognitive civil process; common procedure; contestation.

INTRODUÇÃO

O processo judicial constitui meio civilizado de solução de controvérsias, tanto que o sistema jurídico brasileiro veda o exercício arbitrário das próprias razões. São pouquíssimas as exceções à vedação de autotutela, de maneira que o Estado confere ao cidadão o acesso à justiça sempre que houver lesão ou ameaça a direito, art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF). (BRASIL, 1988)

Apesar do incentivo aos métodos de autocomposição e da previsão institucionalizada da arbitragem, o Estado coloca-se sempre de portas abertas para processar e julgar as demandas que lhe são apresentadas, do que resulta o conhecido princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Assim, no âmbito do processo jurisdicional estatal, um terceiro imparcial encarrega-se de ditar a solução do caso concreto. Para que tal solução esteja afinada com o regime democrático do Estado brasileiro, mostra-se necessário que os litigantes participem da formação da decisão judicial, extraindo-se dessa exigência o indispensável respeito ao contraditório e a ampla defesa.

Considerando-se que ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, avulta a importância do direito de defesa, o que na técnica processual vigente no Brasil traduz-se na possibilidade de o réu apresentar contestação.

É claro que a defesa por meio de contestação não se faz de qualquer modo, já que o sistema jurídico estabelece oportunidades e critérios para o adequado exercício do direito de defesa. Daí que se

mostra oportuna a análise do instituto da contestação, notadamente para se compreender as peculiaridades inauguradas pelo Código de Processo Civil de 2015.

A par das novidades legislativas, a análise de um instituto clássico, como é a contestação, apresenta-se sempre bem vinda no ambiente acadêmico, circunstância que justifica o presente estudo.

METODOLOGIA

Este artigo, do ponto de vista metodológico, ostenta natureza aplicada e uma abordagem qualitativa, já que a compreensão das informações dar-se-á não pela quantificação de dados, mas sim pela aferição da relevância dos diversos dados bibliográficos coletados.

Quanto aos objetivos, a pesquisa é essencialmente exploratória, a fim de se compreender e expor o pensamento doutrinário a respeito da contestação, motivo pelo qual o procedimento adotado será a pesquisa bibliográfica, sem prejuízo da investigação de jurisprudência que revele a solução de casos concretos.

DISCUSSÃO

Contestação: aspectos gerais

A contestação está para a defesa assim como a petição inicial está para o direito de ação. Tanto a contestação quanto a petição inicial constituem instrumento para o exercício, *in concreto*, do direito constitucional de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, da CF); mas não se trata de garantir *qualquer* acesso à justiça, uma vez que o sistema constitucional exige que se observe o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF), garantindo-se aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5º, inc. LV, da CF). (BRASIL, 1988)

Como se vê, o direito de defesa tem assento constitucional e guarda relação estreita com o exercício legítimo do poder jurisdicional; é que a legitimidade da atuação jurisdicional, num caso concreto, deriva da possibilidade que as partes têm de participar, efetivamente, da formação da decisão judicial. Na perspectiva do réu, essa participação concretiza-se por intermédio da peça processual chamada contestação.

A oferta de oportunidade para *reagir respondendo* é inerente à garantia constitucional do contraditório, que em relação às partes se manifesta no binômio *informação-reação*. Da propositura da demanda inicial o réu é informado pela citação e reage a ela, respondendo pela via da contestação – o que fará depois de uma audiência prévia malsucedida em seu propósito de obter uma solução consensual, ou nas hipóteses em que essa audiência não haja sido realizada. Ao responder contestando, ele principia sua participação no processo, que é a essência do contraditório em relação às partes. (DINAMARCO, 2017, p. 545)

A peça defensiva apresentada pelo réu constitui uma resposta ao pedido formulado pelo autor, por meio da qual o demandado busca convencer o julgador no sentido de que a pretensão veiculada na inicial não pode ser acolhida, seja porque os fatos lançados na causa de pedir não coincidem com a verdade, seja porque o ordenamento jurídico não prevê aquela consequência jurídica almejada pelo autor. Em palavras diretas, o réu busca convencer o juiz de que o autor não tem razão para alcançar o bem da vida que almeja.

Importante desde logo observar que as posturas defensivas do réu não se resumem na contestação. Em linhas gerais, as posturas do réu podem ser catalogadas na expressão *resposta do réu*, sendo a contestação *uma das maneiras* de o réu responder à ação especificamente proposta pelo autor.

Embora a contestação seja o *principal* instrumento de resposta do réu, existem outros previstos na legislação em vigor: reconvenção, alegação de suspeição e impedimento, arguição de falsidade documental. Desses outros institutos não se tratará aqui.

Conforme já adiantado, concentra-se o estudo na *contestação*, que “é a forma mais ampla de defesa do réu”; é o tipo de defesa *por excelência* no processo civil de conhecimento, no âmbito do qual se “espera que o réu traga *concomitantemente* todas as alegações, de ordem processual e de ordem material, que possam ser significativas para convencer o magistrado a não prestar a tutela jurisdicional pretendida pelo autor.” (SCARPINELLA BUENO, 2019, p. 121) Dessa forma, a contestação “corresponde ao campo mais amplo para arguição da defesa do réu.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 186)

Em síntese lapidar, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 789), define contestação como sendo “o instrumento processual utilizado pelo réu para opor-se, formal ou materialmente, à pretensão deduzida em juízo pelo autor.”

Embora exista certo paralelismo entre a *ação* do autor e a *defesa* do réu, deve-se levar em conta que na ação “o autor formula uma *pretensão*, faz um *pedido*. Diversamente, na defesa, não se contém nenhuma pretensão, mas *resistência* à pretensão e ao pedido do autor.” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 788)

Outro destaque que se deve fazer, a partir da definição de Humberto Theodoro Júnior (2015), é que a oposição do réu pode ter conteúdo *formal* ou *material*, isto é, a defesa pode ser *contra o processo* (defesas processuais ou de admissibilidade) e também *contra o mérito* (defesas de mérito). Essa ideia será retomada, quando da análise das *preliminares* da contestação.

Convém fechar essa parte introdutória com uma observação de extrema relevância: num ambiente de liberdade, o réu não tem *obrigação* nem o *dever* de contestar; na verdade, *o réu tem o ônus de apresentar contestação*, sob pena de ele próprio – e só ele – sofrer as consequências processuais de sua omissão, conforme será visto mais adiante.

PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE

Tendo em vista que a contestação é o meio de defesa por excelência dentro da sistemática processual, o art. 336, do Código de Processo Civil (CPC), estabelece que incumbe ao réu alegar, na contestação, *toda a matéria de defesa*, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor. Implica dizer que o momento procedimental para o réu concentrar sua defesa é o da contestação, haja vista que, *como regra geral*, não são permitidas novas alegações defensivas após a contestação (art. 342, do CPC). De modo que as matérias não veiculadas na contestação ficarão atingidas pela *preclusão consumativa*, que é a perda da faculdade de alegá-las em outra oportunidade. (CRUZ E TUCCI, 2016, p. 188)

A noção de que o processo é uma marcha avante impõe que as fases procedimentais sejam sempre sucessivas; o fechamento de uma fase é que dá ensejo à abertura de outras; trata-se de uma “necessidade prática e lógica, sob pena de se eternizar a demanda” (ARAÚJO, 2016, p. 207).

Assim, por ocasião da contestação abre-se a oportunidade para o réu concentrar ali todas as suas defesas, tanto as de natureza processual quanto as de índole material. Essa regra, de tão importante que é, permitiu que a doutrina construísse o *princípio da concentração da defesa na contestação*, também chamado de *princípio da eventualidade*.

Segundo esse princípio:

deve o réu apresentar, simultaneamente, toda a defesa processual e material. Não é possível, por exemplo, arguir a defesa processual e, apenas após sua rejeição pelo juiz, enveredar pela defesa de mérito. A concentração da defesa viabiliza o desenvolvimento do processo em conformidade com o princípio da lealdade, evitando-se a fragmentação dos argumentos e, com isso, sua manipulação estratégica ou, ainda, a protelação do feito. (ALVIM, 2017, p. 778)

Significa dizer que o réu tem o *ônus de cumular todas as suas teses defensivas* numa peça só, que é a contestação. Mesmo que essas teses sejam inconciliáveis entre si, incumbe ao réu deduzi-las *de uma vez só*, para que o juiz aprecie uma tese na *eventualidade* de rejeitar outra(s). Embora o réu concentre todas as teses defensivas na contestação, isso não significa que ele pretenda o acolhimento *concomitante* de todas elas, uma vez que as teses incoerentes não de ser alegadas em graus diversos de preferência, isto é, em caráter *subsidiário*.

Um exemplo pode ajudar a compreensão desse conteúdo: o réu pode alegar que a citação é nula, que há coisa julgada material, que é parte ilegítima para a causa; mas, se nada disso for acolhido [atente-se para a condicionante “se”], o réu continua a contestação e alega suas defesas de mérito, conforme o caso. Numa hipótese de cobrança de dívida, o réu poderia alegar, concomitantemente, que o negócio jurídico nunca existiu, que o contrato é nulo, que se verificou a prescrição, que já houve pagamento, que houve novação, que o valor cobrado está incorreto; note-se bem que as teses, embora inconciliáveis entre si, não são veiculadas para que sejam todas acolhidas; na verdade, uma tese será apreciada se as anteriores forem rejeitadas.

Nisso consiste o *princípio da eventualidade* em tema de defesa do réu, já que o demandado precisa *concentrar na contestação* todas as possíveis teses defensivas, sob pena de preclusão. A propósito, confira-se a síntese do pensamento de Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 579):

O ônus de arguir na contestação “toda a matéria de defesa” é a consagração, pelo Código, do princípio da *eventualidade* ou da *concentração*, que consiste na preclusão do direito de invocar, em fases posteriores do processo, matéria de defesa não manifestada na contestação.

Há uma corrente doutrinária segundo a qual a “apresentação de defesa incoerente constitui abuso do direito processual de defesa” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 188) de sorte que o réu não poderia “sustentar, em sua defesa, a inexistência da dívida e seu pagamento, já que uma certamente exclui, por questão de lógica, a viabilidade da outra.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 188)

Contudo, prepondera na doutrina a orientação de que as teses defensivas podem ser incoerentes, uma vez que alegadas em caráter subsidiário e também porque o legislador impôs o ônus da concentração da defesa na contestação. (CRUZ E TUCCI, 2016, p. 188) Tenha-se em conta, porém, a advertência ponderada de Cândido Rangel Dinamarco (2017, p. 556):

A garantia constitucional da ampla defesa abre portas ao réu para cumular defesas em ordem sucessiva, ainda quando logicamente incompatíveis entre si, desde que essa incompatibilidade não chegue ao ponto extremo de caracterizar malícia, ou litigância de má-fé.

ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA

Já se disse que a apresentação de contestação pelo réu configura um *ônus processual*, uma vez que o não exercício dessa faculdade gera consequências prejudiciais ao próprio réu. Em primeiro lugar, também como já visto, a não dedução de defesa gera a consequência de que o réu não terá mais oportunidade de fazê-lo.

Contudo, para que o réu se desincumba completamente desse seu ônus, sua impugnação não pode ser lançada genericamente; assim como o autor deve construir a petição inicial com base numa causa de pedir específica, o réu tem o ônus de impugnar especificamente as alegações de fato deduzidas pelo autor, sob pena de serem presumidas verdadeiras as não impugnadas.

É o que diz enfaticamente o art. 341, *caput*, primeira parte, do CPC: “Incumbe também ao réu manifestar-se *precisamente* sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas.” (BRASIL, 2015, não paginado, grifo do autor)

Dessa forma, o réu não pode simplesmente negar genericamente os fatos alegados pelo autor; pelo contrário, o réu deve se manifestar precisamente sobre cada ponto de fato descrito na petição inicial, sob pena de incidir a *presunção relativa* de veracidade daqueles fatos não impugnados.

Impugnar especificamente significa que o réu deve enfrentar, de modo particularizado, cada fato que se prestou a individualizar a *causa petendi*. Se o fato constitutivo posto pelo autor não for infirmado, de forma expressa, presume-se tenha sido ele admitido pelo réu. (CRUZ E TUCCI, 2016, p. 220)

Para reforçar essa regra, o CPC estabelece algumas exceções que se fundam em duas ordens de aspectos: uns objetivos e outros subjetivos. Do ponto de vista *subjetivo*, considerando-se a qualidade de alguns sujeitos, o ônus da impugnação especificada dos fatos não incide relativamente ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial (art. 341, p. único, do CPC). Logo, esses sujeitos podem apresentar contestação por negação geral, e mesmo assim não incidirá a *presunção* de veracidade dos fatos. (BRASIL, 2015)

A ressalva é justificada. Em tais casos, o agente detentor da capacidade postulatória, no exercício dos seus misteres institucionais, não tem condições de conhecer dos fatos com a mesma profundidade que um advogado contratado pelo réu ou advogado público. (SCARPINELLA BUENO, 2019, p. 142)

Já sob o prisma *objetivo*, o descumprimento do ônus da impugnação especificada não ensejará a presunção de veracidade se: “I – não for admissível, a seu respeito, a confissão; II – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III – estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto” - art. 341, inc. I a III, do CPC. (BRASIL, 2015, não paginado)

Para bem entender esse dispositivo é preciso ter em mente que não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis (art. 392, *caput*, do CPC). Ademais, a confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados (art. 392, § 1º, do CPC). Então, na moldura do inc. I do art. 341 inserem-se os fatos que envolvem *direitos indisponíveis* ou que se vinculam aos *incapazes*. Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. CC. GUARDA DOS FILHOS E PARTIDA DE BENS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDENCIA. GUARDA COMPARTILHADA DEFERIDA. REGRA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. REVELIA. EFEITOS QUE NÃO SE OPERAM NO CASO. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR QUE O REQUERIDO TENHA RENUNCIADO TACITAMENTE À GUARDA DOS MENORES. DIREITO INDISPONÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE SE RESUMIR QUE O REQUERIDO TENHA RENUNCIADO TACITAMENTE À GUARDA DOS MENORES. DIREITO INDISPONÍVEL. NECESSIDADE, PORÉM, DE ANÁLISE DA GUARDA COM BASE NO MELHOR INTERESSE DOS MENORES. PARTICULARIDADE DO CASO QUE RECOMENDAM O DEFERIMENTO DA GUARDA UNILATERAL PARA GENITORA. DECISÃO QUE PODE SER ALTERADA POSTERIORMENTE. DADO O SEU CARÁTER REBUS SIC STANTIBUS. RECURSO PROVIDO. [...] Nos termos do que dispõem os arts. 344 e 345, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015 (correspondentes aos arts. 319 e 320, II, do CPC/1973), se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor, salvo se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. 5. Sendo o direito de guarda dos filhos indisponível, não obstante admita transação a respeito de seu exercício, não há que se falar em presunção de veracidade dos fatos oriunda da revelia. Em outras palavras, a revelia na ação que envolve guarda de filho, por si só, não implica em renúncia tácita do requerido em relação à guarda compartilhada, por se tratar de direito indisponível. 6. Todavia, tratando-se de demanda que envolve interesse de criança ou adolescente, a solução da controvérsia deve sempre observar o princípio do melhor interesse do menor, introduzido em nosso sistema jurídico como corolário da doutrina da proteção integral, consagrada pelo art. 227 da Constituição Federal, o qual deve orientar a atuação do magistrado. 6.1. Nessa linha de entendimento, independentemente da decretação da revelia, a questão sobre a guarda dos filhos deve ser apreciada com base nas peculiaridades do caso em análise, observando-se se realmente será do melhor interesse do menor a fixação da guarda compartilhada. [...] 8. Recurso provido. (STJ – REsp: 1773290 MT 2018/0267135-4, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELIZZE, Data de Julgamento: 21/05/2019, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2019 JPL vol. 15 p. 173)

De outra parte, quando se pensa nos atos jurídicos solenes, isto é, aqueles cuja forma integra a substância do ato, chega-se à fácil percepção de que não haverá presunção de veracidade dos fatos se a petição inicial não vier instruída com o instrumento que a lei considera da substância do ato. Por exemplo, a escritura pública é a única forma de se demonstrar a transmissão de bens imóveis de determinado valor, razão pela qual a sua ausência, na petição inicial, não será suprida pela falta de impugnação específica por parte do réu (art. 341, inc. II, do CPC).

Por fim, na perspectiva do inc. III do art. 341, é possível que o réu não negue cada um dos fatos alegados pelo autor, mas que, de um modo geral, sua defesa esteja em contradição com aqueles fatos, situação que será suficiente para afastar a presunção de veracidade referida no *caput* do art. 341 do CPC. Figure-se o exemplo em que o autor descreve um determinado acidente de trânsito, imputando culpa ao réu em razão de embriaguez ao volante e de condução em alta velocidade. O réu, por sua vez, sem negar essas situações particulares, aduz que no dia do mencionado acidente estava em outro país. Nessas

condições, não incidirá a presunção de veracidade dos fatos, pois a narrativa da petição inicial estará em contradição com o conjunto da defesa.

Segundo a doutrina, o rol do art. 341 não é exaustivo:

[...] podendo-se afirmar que, desde que o fato se mostre inverossímil, o juiz não é obrigado a agir mecanicamente em face da ausência de impugnação por parte do réu. Portanto, ainda que a hipótese não se subsuma nos incisos do art. 341, desde que o fato se mostre implausível, o juiz pode afastar a presunção de que trata o *caput* desse artigo. (ARRUDA ALVIM; GRANADO; FERREIRA, 2019, p. 547)

PRELIMINARES

Relativamente à forma, a contestação deve ser apresentada *por petição*, conforme está no *caput* do art. 335 do CPC. Além disso, o Código regula a ordem com que as defesas devem aparecer na contestação; em primeiro lugar, incumbe ao réu alegar as *defesas processuais*, que podem ser dilatórias ou peremptórias e, numa outra perspectiva, podem ser objeções ou exceções em sentido estrito. Essas defesas processuais são designadas de *preliminares*, pois que são alegadas *antes* da apresentação das defesas de mérito.

Tudo isso decorre da redação do art. 337, do CPC, que assim preceitua:

Art. 337. Incumbe ao réu, *antes de discutir o mérito*, alegar:

I - inexistência ou nulidade da citação;

II - incompetência absoluta e relativa;

III - incorreção do valor da causa;

IV - inépcia da petição inicial;

V - perempção;

VI - litispendência;

VII - coisa julgada;

VIII - conexão;

IX - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;

X - convenção de arbitragem;

XI - ausência de legitimidade ou de interesse processual;

XII - falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar;

XIII - indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça. (BRASIL, 2015, não paginado)

O que se impõe frisar é que essas matérias são todas de índole *processual*, de modo que não se referem ao mérito da causa. Versam, na realidade, sobre os requisitos de admissibilidade da ação (condições da ação) e do processo (pressupostos processuais), além de outras matérias com reflexos processuais (benefício da gratuidade de justiça, por exemplo).

Nesse rol há defesas processuais *dilatórias* (arguição de incompetência e conexão) e também *peremptórias* (ausência de legitimidade ou de interesse processual). As defesas processuais dilatórias, se acolhidas, geram apenas um retardamento ou embaraço momentâneo à marcha procedimental; já as defesas processuais peremptórias, se acolhidas, causam a extinção do processo sem resolução do mérito, na forma preconizada no art. 485, do CPC.

Semelhantemente, no rol do art. 337 existem *objeções* (arguição de coisa julgada, litispendência, inépcia da petição inicial) e também *exceções em sentido estrito* (arguição de incompetência relativa, alegação de convenção de arbitragem). As objeções constituem defesas que veiculam matéria de ordem pública, razão pela qual ao juiz é dado conhecê-las *ex officio*. Diferentemente, as exceções em sentido estrito contêm alegações sobre as quais é vedado ao juiz conhecer de ofício.

DEFESAS DE MÉRITO

Após o réu deduzir as possíveis alegações de natureza processual, caberá a ele esforçar-se para convencer o juiz de que, no plano do direito material, o autor não tem razão. Essas são as *defesas contra o mérito*, lançadas para a *eventualidade* de não serem acolhidas as defesas processuais, numa evidente concretização daquele *princípio da eventualidade* antes referido.

Os litígios que desembocam numa disputa processual são aqueles nascidos no ambiente do *direito material*: o locatário que não paga os aluguéis; o devedor que não paga seu credor; o pai que não paga alimentos ao filho menor; o condutor que causa acidente de trânsito; o cônjuge que pretende divorciar-se *etc.* Como se percebe, os assuntos indicados neste parágrafo não têm relação com o direito processual, mas sim com algum aspecto de direito material.

Logo, as defesas contra o mérito são aquelas que o réu extrai da configuração da relação de direito material debatida no processo. Numa cobrança de aluguéis, por exemplo, a alegação de que houve pagamento é uma defesa contra o mérito. Semelhantemente, numa ação em que se cobram valores pelo fornecimento de determinados produtos, uma defesa de mérito seria a alegação de onerosidade excessiva, causada pelos problemas advindos de causa imprevisível (pandemia de *coronavírus*, por exemplo).

No âmbito das defesas de mérito também incide o *princípio da eventualidade*, razão pela qual o réu pode deduzir, em ordem sucessiva, alegações que sejam inconciliáveis entre si, exatamente como justificado no tópico acima.

Há que se lembrar de que as defesas de mérito podem ser *diretas* ou *indiretas*. Segundo a prelação de Arruda Alvim (2017, p. 777):

[...] quando há negativa do fato constitutivo do direito do autor ou de sua eficácia jurídica, diz-se que a defesa de mérito é direta. Já quando o réu, sem necessariamente negar o fato constitutivo do direito do autor e sua eficácia jurídica, invoca outro fato, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, diz-se que a defesa de mérito é indireta.

DEFESAS APÓS A CONTESTAÇÃO

Como vistas a reforçar a regra da concentração da defesa na contestação, o Código estabelece hipóteses *excepcionais* em que se admite a dedução de defesas após a contestação. Referida excepcionalidade advém da redação do art. 342, ao dizer que *só é lícito ao réu deduzir novas alegações* nas hipóteses lá indicadas.

Nos termos da lei, o réu pode deduzir novas alegações quando: “I – relativas a direito ou a fato superveniente; II – competir ao juiz conhecer delas de ofício; III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição.” (BRASIL, 2015, não paginado)

Situações que ao tempo da contestação não existiam, mas que passaram a existir posteriormente, configuram o direito ou fato superveniente, cuja alegação se permite ao réu mesmo em fase posterior à da contestação. Imagine-se que o autor cobre do réu determinada dívida e que o réu já tenha apresentado sua contestação; porém, agora, em razão da pandemia de *coronavírus*, o réu levante a tese de onerosidade excessiva. Acredita-se que essa nova tese de defesa, exatamente por estar fundada em fato superveniente, possa ser veiculada mesmo fora da contestação, nos termos do art. 342, inc. I, do CPC.

Essa disposição mostra-se coerente com a regra do art. 493, do CPC: “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz toma-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.” (BRASIL, 2015, não paginado)

CORREÇÃO DO POLO PASSIVO

Já se sabe que as regras processuais não têm valor intrínseco, uma vez que elas valem pelo que podem produzir de bons resultados. Assim, as formas processuais só têm sentido na proporção em que tendem a gerar resultados aceitáveis, atingindo-se as finalidades para as quais foram criadas. Por isso é que, em tema de nulidades, os atos processuais não serão considerados nulos se, mesmo desprezando-se a forma legal, atingirem as finalidades para as quais foram programados (art. 277, do CPC).

Outra tônica do processo civil contemporâneo consiste na ideia de saneamento de todo e qualquer vício, sempre com vistas a que se consiga o julgamento do mérito da causa. Logo, sempre que possível, deve-se prestigiar a *finalidade* do ato, e não a sua *formalidade*. Fala-se, então, em *primazia do julgamento do mérito* (art. 488, do CPC).

E essa busca pelo julgamento do mérito, mediante a regularização dos vícios sanáveis, constitui dever das partes e do juiz, em tom de cooperação (art. 6º, do CPC).

É nesse contexto que o CPC autoriza a regularização do polo passivo da demanda sempre que o réu, na contestação, alegar que não é parte legítima ou não ser o responsável pelo evento descrito na petição inicial. Eis a redação do art. 338, *caput*, do CPC: “Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.” (BRASIL, 2015, não paginado)

Observe-se que, para concretização dessa regra, o legislador exige uma postura cooperativa do réu, ao prever o que está no *caput* do art. 339: “Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação”. (BRASIL, 2015, não paginado)

Então, não basta ao réu simplesmente alegar, em preliminar de contestação, a sua ilegitimidade passiva; exige-se do réu que informe quem seja a verdadeira parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, sempre que tiver conhecimento. Note-se que o réu, nessas condições, tem o *dever* de indicar o sujeito passivo da relação discutida no processo; *não se trata de um ônus*, mas sim de um *dever*, tanto assim que de sua violação surgem sanções pecuniárias.

Uma vez feita a indicação pelo réu, o autor pode aceitá-la, hipótese em que a petição inicial será alterada para introdução de novo réu, excluindo-se do processo o réu originário (parte ilegítima), nos termos do art. 338, *caput* e p. único, do CPC.

Nesse contexto, evidencia-se a natureza sanável da ilegitimidade passiva, porquanto se cuida de vício que pode ser regularizado. Aliás, o CPC incentiva essa regularização, mediante a criação do dever de indicação por parte do réu e da faculdade de substituição atribuída ao autor.

Mas o CPC/2015 vai além disso e estabelece uma verdadeira inovação em comparação com o CPC/73, pois prevê que, no prazo de 15 dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu (art. 339, § 2º, do CPC). O cenário pode ser assim resumido: o réu “A” alega sua ilegitimidade passiva e indica o sujeito “B” para integrar o polo passivo; o autor, uma vez intimado a falar sobre isso, em vez de pedir a substituição de “A” por “B”, requer a inclusão também de “B”, de modo que passará a litigar contra “A” e “B”, dando-se margem à formação de um *litisconsórcio passivo ulterior*.

Por fim, nada impede que o autor insista na legitimidade passiva do réu, hipótese em que não pedirá a substituição e nem a inclusão de terceiros. Nesse contexto, caberá ao juiz decidir se acolhe ou não a preliminar de ilegitimidade passiva, tudo sob risco do autor.

ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

Para as hipóteses em que o réu aduz preliminar de incompetência, seja relativa ou absoluta, o CPC estabeleceu uma regra que facilita o modo ou a forma como deve ser apresentada a contestação.

A regra geral é a de que a contestação deva ser apresentada, por petição, perante o juízo da causa, isto é, no órgão jurisdicional por onde tramita o processo. Então, se o réu é citado para contestar o pedido no âmbito do processo x, que tramita na 1ª Vara Cível da Comarca Y, evidencia-se que, de regra, a contestação há de ser apresentada especificamente no processo x, perante a 1ª Vara Cível da Comarca Y.

A regra facilitadora do art. 340, do CPC, admite que o réu, ao alegar incompetência, protocole sua contestação no foro do seu próprio domicílio, fato que será comunicado ao juízo da causa. Assim, se o processo tramita em Presidente Prudente, mas o réu seja domiciliado em Presidente Venceslau e argua a incompetência do foro de Presidente Prudente, a contestação poderá ser protocolada naquela comarca, e não nesta.

Na sequência, a contestação assim protocolada será enviada para o juízo da causa, onde será decidida a matéria pertinente à competência, seguindo-se na forma dos §§ 2º e 4º do art. 340, conforme o caso.

PRAZO PARA CONTESTAR

Do ponto de vista quantitativo, o prazo para contestar, no procedimento comum, é de 15 dias úteis (art. 335, *caput*, c.c. art. 219, *caput*, ambos do CPC). A título excepcional, o Ministério Público, a Defensoria

Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as fundações de direito público gozam de prazo em dobro para contestar (arts. 180, *caput*, 183, *caput*, 186, *caput*, todos do CPC). Igual prerrogativa concede-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública (art. 186, § 3º, do CPC).

Além disso, quando o processo tramitar em autos físicos (não eletrônicos), os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, inclusive para apresentação de contestação, independentemente de requerimento (art. 229, *caput* e § 2º). Tenha-se presente, todavia, que se a demanda for movida contra dois réus e um deles tornar-se revel, “não haverá mais que se falar em contagem em dobro dos prazos para manifestar nos autos” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 524).

As nuances que esse tema enseja dizem respeito ao termo inicial do prazo para contestação, pois várias são as situações disciplinadas pelo legislador no que se refere ao termo *a quo* do prazo.

Com efeito, todas as vezes que a audiência de conciliação ou de mediação se realizar, o termo inicial do prazo coincidirá com a data da audiência, ou da última sessão de conciliação, pressupondo-se, evidentemente, que não tenha ocorrido autocomposição (art. 335, inc. I, do CPC).

Diferentemente, se a audiência de conciliação ou de mediação, embora designada, tiver sido cancelada em virtude de manifestação das partes no sentido do desinteresse na composição consensual, o termo inicial do prazo de contestação será a data do protocolo do pedido de cancelamento da audiência apresentado pelo réu (art. 335, inc. II, do CPC).

Nesse mesmo caso de cancelamento da audiência, se houver litisconsórcio passivo, o termo inicial do prazo da contestação será, para cada um dos réus, a data de apresentação do seu respectivo pedido de cancelamento da audiência (art. 335, § 1º, do CPC).

Já nos casos em que a audiência do art. 334, do CPC, não é designada, o termo inicial do prazo para contestação variará de acordo com a forma em que se dera a citação, aplicando-se, pois, a regra do art. 231, do CPC. Nessa configuração, havendo litisconsórcio passivo, o termo inicial será, para todos, a data de concretização do último ato citatório (art. 231, § 1º, do CPC).

Por fim, exatamente para a hipótese figurada no parágrafo anterior, se o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta terá início na data de intimação da decisão que homologar a desistência (art. 335, § 2º, do CPC).

É imperioso ressaltar que as regras até aqui referidas guardam relação com o dia do *início do prazo*, o qual não se confunde com o dia do *início da contagem* do respectivo prazo. Realmente, nos termos do art. 224, *caput*, do CPC, salvo disposição em contrário, os prazos serão *contados* excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento.

CONCLUSÃO

Por meio das discussões retratadas, notou-se que o Código de Processo Civil de 2015, ao menos no atinente à contestação, observa ou concretiza aquilo que doutrinariamente se designa por modelo constitucional do processo civil brasileiro. De fato, pode-se afirmar que as normas pertinentes à defesa do réu constituem fonte de combate ao arbítrio estatal e destinam-se, de certo modo, à defesa de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, com destaque para o contraditório e a ampla defesa.

O processo, entendido como instrumento da jurisdição exercida pelo Estado, deve ser estruturado levando-se em consideração os ditames do Estado Democrático de Direito, o qual garante aos litigantes igualdade de condições no plano da ação e da defesa; somente a participação efetiva de todos os sujeitos envolvidos na formação da decisão judicial confere legitimidade ao exercício da jurisdição.

Com isso, a contestação – principal defesa processual do réu – ganha relevância e necessita ser compreendida em profundidade, mesmo porque a simples previsão constitucional relativa ao direito de defesa não isenta o réu do cumprimento de certos requisitos e nem o exime da observância de determinados ônus: apresentar todas as defesas (processuais e materiais) inerentes à matéria discutida (princípio da eventualidade); impugnar de maneira específica o aventado na petição inicial; atender ao

prazo instituído; em caso de alegação de ilegitimidade passiva, indicar a pessoa devida para compor o polo passivo.

Desse modo, verificou-se que as particularidades da contestação estão conformes o modelo constitucional de processo, sobretudo na perspectiva da eficiência do mecanismo processual, haja vista que o CPC/2015 estabeleceu maior concentração de defesas no âmbito da contestação, rompendo com a tradição que vinha desde o do CPC/73. Isso fica bem evidente com o transporte, para a contestação, de temas como a impugnação ao valor da causa, a arguição de incompetência relativa e a discussão sobre gratuidade da justiça.

Não há dúvidas, portanto, de que o modelo de defesa retratado neste artigo traduz bem a concretização dos anseios constitucionalmente estabelecidos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: RT, 2017.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. Direito processual civil. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. Curso de processo civil: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016, tomo I.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). Recurso Especial. Ação de reconhecimento e dissolução de União Estável. CC. Guarda dos filhos e partida de Bens. Sentença de parcial procedencia. Guarda compartilhada deferida. Regra no ordenamento jurídico brasileiro. Revelia. Efeitos que não se operam no caso. Impossibilidade de se presumir que o requerido tenha renunciado tacitamente à guarda dos menores. Direito indisponível. Necessidade, porém, de análise da guarda com base no melhor interesse dos menores. Particularidade do caso que recomendam o deferimento da guarda unilateral para genitora. Decisão que pode ser alterada posteriormente. Dado o seu caráter Rebus Sic Stantibus. Recurso Provido. Recurso Especial nº 1.773.290/MT. Recorrente: J. P. dos S. Recorrido: D. S. N. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 21 de maio de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859596432/recurso-especial-resp-1773290-mt-2018-0267135-4>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. coord. José Roberto F. Gouvêa et. al. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 7ª ed. v. III. São Paulo: Malheiros, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. 2ª ed. v. 2. São Paulo: RT, 2016.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Curso sistematizado de direito processual civil. 8ª ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
<https://doi.org/10.15601/2237-955X/dih.v16n16p1-8>

CRIMES CONTRA A HONRA E SUAS DIRETRIZES DE APLICAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DESCRIMINALIZAÇÃO É A SOLUÇÃO?

João Victor Klinke Bonilha

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: joavictorklinke@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo objetiva tratar a respeito do hodierno e polêmico tema da “*despenalização dos crimes contra a honra*”, abordando a sua relevância no Estado Democrático de Direito, bem como as implicações de natureza constitucional e cível, dentro do tema que, *a priori*, é de competência da disciplina do Direito Penal. Neste ponto, as principais discussões têm a ver com o choque entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF/88) e da honra (art. 5º, X). O tema ganha ainda mais relevância após as polêmicas palavras do Ex-Ministro da Educação proferidas no último dia 22 de abril sobre os membros da Suprema Corte. Desprovidos de qualquer viés político, explanaremos, por meio de levantamento bibliográfico e documental, os argumentos que dão corpo às ideias envolvendo o assunto *despenalização*, trazendo ao final nossa posição acerca do tema.

Palavras-chave: Crimes contra a honra – descriminalização – reparação – Função da pena – Estado Democrático de Direito – Direito Civil – Direito Penal

CRIMES AGAINST HONOR AND ITS APPLICATION GUIDELINES IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: DECRIMINALIZATION IS A SOLUTION?

ABSTRACT

The present article aims to address the modern and controversial theme of “decriminalizing crimes against honor”, addressing its relevance in the Democratic State of Law, as well as the constitutional and civil implications, within the theme that, *a priori*, is the responsibility of the penal law. At this point, the main discussions have to do with the clash between the fundamental rights of freedom of expression (art. 5, IX, CF / 88) and honor (art. 5, X). The topic gains even more relevance after the controversial words of the Former Minister of Education last April 22 on members of the Supreme Court. Devoid of any political bias, we will explain, through bibliographic and documentary survey the arguments that embody the ideas surrounding the subject of decriminalization, bringing to the end our position on the subject.

Keywords: Crimes against honor - decriminalization - reparation - Function of the penalty - Democratic rule of law - Civil law - Criminal law

INTRODUÇÃO

A norma penal, sem sombra de dúvidas, é o rosto do ordenamento jurídico de uma sociedade.

Este ramo do Direito trata da repressão das condutas humanas mais primitivas. Por assim ser, a norma penal está comumente relacionada aos costumes sociais e à proteção dos bens juridicamente relevantes para a bem estar social, bens estes enumerados na Constituição, elencando em diversas situações os comportamentos aceitáveis e os reprováveis, que merecem a reprimenda da norma penal.

Fato é que os costumes sociais estão sempre em constante mudança. A mudança de costumes leva, por consequência, a mudança dos bens mais relevantes para o bem estar social, o que leva o Direito Penal a sofrer alterações. Em outras palavras, o que hoje é considerado punível pela norma penal e os bens jurídicos que merecem a proteção da mesma, em outro momento histórico podem não ser.

As recentes (e polêmicas) palavras do Ministro Abraham Weintraub a respeito da Suprema Corte afloraram acirradas discussões e debates não só no meio jurídico, mas também entre os leigos de cada esquina do país no que concerne os crimes contra a honra.

Fato é que recente discussão, esta existente desde antes as palavras do Ministro no dia 22 de abril, já era objeto de estudo entre alguns juristas.

Nesse diapasão, levanta-se debate acerca na necessidade da ação da norma penal no que concerne os ilícitos contra a honra. Argumenta-se que a tutela dada a este bem jurídico no ano de 1940 já não pode ser a mesma nos dias atuais, sugerindo-se que não há necessidade da atuação do Direito Penal nessas ocasiões, mas sim de outros ramos do Direito, especialmente o Cível. Assim, relevante a análise e a construção de um raciocínio lógico-jurídico para avaliar se, na atual conjuntura, se torna viável a descriminalização dos tipos penais contra a honra previstos no Código Penal Brasileiro.

METODOLOGIA

Para análise do tema proposto, utilizou-se do levantamento bibliográfico bem com a consulta em livros e plataformas digitais para a sintetização das principais ideias que ganham força acerca da descriminalização das condutas ofensivas à honra.

Além do método bibliográfico, utilizou-se de um raciocínio lógico-dedutivo-jurídico, com embasamento, mais uma vez, na doutrina e nos apontamentos acerca do objeto de discussão, bem como na legislação vigente.

DISCUSSÃO

DOS ARGUMENTOS PRÓ-DESCRIMINALIZAÇÃO DA FINALIDADE DAS PENAS

A pena possui uma duplicidade quanto à sua função. A primeira é a de retribuir um mal injusto, de causar aflição, desconforto, descontentamento, sofrimento ao infrator. É o que defende a *Teoria Absoluta* ou *Retributiva*. Por outro lado, para a *Teoria Relativa* ou *Preventiva*, a pena tem como fim evitar novos crimes, seja afirmando à sociedade a força da norma penal, seja reeducando o condenado no cumprimento de sua pena, incutindo em sua mente, o velho e popular jargão “*o crime não compensa*”.

Para os favoráveis à descriminalização, analisando os fins práticos da pena esculpido há muito pelos *patriarcas do Direito Penal Moderno* (J.P. Anselm Feuerbach, Claus Roxin, Hans Welzel) não haveria razão em punir os crimes dispostos no artigo 138, 139, 140, do CP, tendo em vista a desproporcionalidade de se punir uma ofensa a honra por meio da detenção e/ou multa, e também por esta, de modo algum, desencorajar o condenado à prática de novo crime dessa natureza.

Argumenta-se ainda, que, por força da disposição do artigo 89 da Lei de 9.099/95, nos crimes contra a honra, o ofensor não experimentaria verdadeira correção, pois, atendidos os demais requisitos, estaria beneficiado pela suspensão condicional do processo.

A HONRA COMO DIREITO DE NATUREZA PRIVADA

Outro ponto que dá tons aos argumentos pró-descriminalização é a natureza daquilo que se quer proteger quando aplicada a sanção penal. Argumenta-se que o bem jurídico (*honra*), tanto em sua face objetiva (*visão social à respeito do ofendido*), como subjetiva (*visão pessoal do ofendido a respeito de si próprio*) é puramente de natureza privada. Tanto assim o é, que a ação penal nestes crimes, via de regra, é de natureza privada, e, quando pública, condicionada a representação do ofendido (salvo exceção no crime de injúria real que resulta lesão corporal leve – ADIn 4.424/DF).

Deste modo, diz-se que andou mal o legislador ao prever punição ao abalo de um *bem jurídico* que interessa única e exclusivamente a pessoa do ofendido, e não a coletividade ou até mesmo o Estado. Deste modo, incorreto seria a atuação de ramos do Direito que são evidentemente públicos (Penal e Processual Penal) na resguarda de um interesse privado.

DA ADEQUAÇÃO SOCIAL, DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, E DA BAGATELA: O DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

O Princípio da Adequação Social, que tem em Hans Welzel, um de seus preconizadores, é compreendido pela doutrina brasileira, nas palavras de CAPEZ (2018, p. 64), do seguinte modo:

“Todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afrontar o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado criminoso.”²⁰

Na seara de discussão da despenalização dos crimes contra a honra, os adeptos desta ideia invocam os princípios penais da Adequação Social e da Intervenção Mínima do Direito Penal.

Elencam, que as condutas de Calúnia, Injúria e Difamação, já se tornaram algo tão corriqueiro que, desarrazoado é mover a máquina estatal do Judiciário para conhecer, processar, julgar e executar os crimes contra a honra. Discussões em bares, confusões no churrasco de família, descrição de fato criminoso sobre outrem como meio de consumir uma vingança, fofocas, desentendimentos entre amigos em festas, dentre outros, são algumas situações trazidas como exemplo que, por resolverem-se por si mesmas (quando não progredirem para prática de um delito maior), fulminam de morte a necessidade de atuação do Direito Penal. Posto isso, é dito que o Estado não pode, interferir em situações que podem muito bem ser tuteladas por outros ramos do Direito; no presente caso, sugere-se, em tom unânime entre os favoráveis a descriminalização, o Direito Civilista – utilizando-se do instituto da reparação/indenização, como o legítimo e eficaz tutor da proteção à honra, posto que, para o Direito Penal, tais condutas não se revestem da relevância necessária para sua intervenção.

DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL QUANTO AO MEIO DE REPARAÇÃO DO DANO À LESÃO À HONRA

Por fim, um dos, senão o mais robusto argumento dos que defendem a descriminalização das condutas ofensivas a honra, é o da previsão constitucional expressa da reparabilidade do dano moral por meio de indenização (conforme disposição do art. 5º, X e V, da Carta Magna). Na visão destes, a Constituição Federal de 1988 não recepcionou os crimes contra a honra, pois ao prever a reparação cível e, sendo silente quanto a sanção penal, caso os delitos ofensivos da honra continuassem vigorando, ter-se-ia uma clara ofensa ao Estado Democrático de Direito, consagrado no art. 1º da Lei Maior.

DA NECESSIDADE DA ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL SOBRE OS ILÍCITOS À HONRA A EFETIVA REPARAÇÃO SOB A ÓPTICA DO OFENDIDO

Em que pese serem muito os argumentos existentes em favor da descriminalização dos crimes contra a honra, não entendemos assim.

Para encontrar-se a correta tratativa que o Estado deve dar à lesão da honra, necessário é a análise casuística, bem como a efetividade dos aparatos penais e cíveis quando buscada a reparação. Cumpre-se analisar, em primeiro plano, a figura da vítima, daquela que é lesada, que tem a sua honra, os seus sentimentos, sua paz perante a sociedade claramente desrespeitada. Cabe observar em essência o bem protegido pela lei penal.

A título de elucidação, vejamos situação trazida por VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, 2018 p. 261) ao tratar dos crimes contra a honra:

Em caso concreto, um funcionário de escola de ensino fundamental disse ter visto dois adolescentes fazendo ‘troca-troca’ no banheiro, provocando forte repercussão no âmbito da escola e comentários em toda a coletividade. Os jovens passaram a ser objeto de zombaria por parte de outros estudantes, provocando sérios danos psicológicos em ambos, que, inclusive, mudaram de estabelecimento de ensino.

Na situação relatada, e considerando as previsões legais, ideal seria que (independentemente da veracidade dos fatos, pois esta não condiciona a existência de um crime de difamação) o funcionário fosse compelido a retirar sua fala, buscando fulminar os motivos da chacota ou que lhes indenizasse, pecuniariamente? É evidente dizer que, a afirmação posterior de que *enganou-se no que viu* teria muito mais peso para fazer cessar as chacotas e humilhações do que a indenização concedida pela Justiça Cível.

²⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, volume 1: Parte Geral. – 22ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2018, página 64.

E é justamente neste ponto que a tutela penal está um passo à frente do regramento cível. Apesar de entendermos que há situações em que a indenização cível é suficiente para a reparação do dano, é forçoso convir que em muitos casos esta é mera compensação ao dano experimentado. Não se trata apenas de defesa da honra, mas de uma proteção integral da vítima quanto aos ataques, humilhações, tratamento diferenciado, segregações, perseguições, tristezas, intempéries, marginalização social e outros em função do fato/crime falsamente imputado. Melhor seria ao ofendido que voltasse no tempo, que tal alegação ardilosa contra sua honra não tivesse ocorrido, do que ter em seu bolso certa quantia em dinheiro.

No tempo não podemos retroagir, por óbvio. Contudo, o legislador penal, atento ao que se quer proteger como bem jurídico, previu dispositivo que se aproximasse ao máximo de tanto. Cuida-se da **Retratação**, esculpida nos artigos 107, VI e 143, *caput* e parágrafo único, do CP.

Neste ponto, poder-se-ia perguntar, “*mas, e para que então a detenção ou multa?*”

Mais uma vez, devemos nos lembrar das finalidades da pena. Um dos principais aspectos da legislação penal e, bem dizendo, dos próprios tipos penais, é o seu teor *repressivo*. Isso significa dizer, que a lei penal age *a posteriori*, em decorrência de um fato que não é desejado pelo Direito. A norma penal entra em ação quando o ilícito (consumado ou tentado) já está acabado. Quando o bem jurídico já foi lesado. Quando as desastrosas consequências da infração já ganharam corpo no mundo fático. Nesse diapasão, o que a *legem criminalis* faz (em consonância com Teoria Relativa Geral da finalidade das penas) é prever mecanismos que estimulem o infrator a dirimir tais consequências, seja quando sua ação já está completa, ou quando caminha para isso. Alguns exemplos podem ser facilmente encontrados na própria Parte Geral do CP, com diretrizes aplicáveis, em regra, a todo crime. São elas: a Desistência Voluntária, o Arrependimento Eficaz (ambas do artigo 15) e o Arrependimento Posterior (do artigo 16). Neles, ou o crime deixa de existir ou a pena é reduzida, sob o fundamento de que o infrator deixou de lesar o bem jurídico em questão ou diminuiu as consequências dessa lesão, por livre e espontânea vontade. Muito lógico!

Com isso, observação importantíssima deve ser feita. Toda a legislação penal, inclusive em se tratando dos crimes contra a honra, tem um caráter de ação *a posteriori*. Ou seja, agem posteriormente, isto é, depois que o delito já está completo. Isto significa dizer que o objetivo da lei não é apenas punir, mas, pelo seu caráter punitivo, estimular o infrator em potencial a não delinquir, ou pelo menos, a fazer cessar os efeitos da lesão ao bem jurídico.

É nisto que se funda o instituto penal da **Retratação**. É como se o legislador dissesse “*infrator, preferencialmente quero que você fale, ao ofendido e a todos, que não há verdade nas suas palavras. Retire-as. Faça cessar os efeitos da sua agressão à honra. Caso contrário, sobre você, recairá a devida pena de detenção e/ou multa.*”

Ou seja, a detenção e a multa são medidas últimas, que têm por objetivo constranger o infrator a voltar atrás, em função do medo que a pena deveria, naturalmente, lhe causar.

Ainda, ZULMIRA PIRES DE LIMA (*apud* GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2016, p. 122) em seu brilhante trabalho publicado no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra sobre o dano moral, relembra da *imoralidade de se compensar uma dor com dinheiro (sic.)* (6º ponto).²¹

Lembremo-nos do *cyberbullying*, aquele que pode ser considerado como a mais moderna face dos crimes contra a honra (conceituado no parágrafo único do artigo 2º, da Lei 13.185/16). Nele, as consequências das falsas imputações tomam proporções tão desastrosas e descontroláveis (em vista do grande número de pessoas que as veem/leem), que a indenização já não chega a ser suficiente para reestabelecer o *status quo ante*. Atento a isto é que o legislador editou a Lei 13.188/15, que em seu art. 13 acrescentou parágrafo único ao artigo 143 do Código Penal, transcrito a seguir:

“*Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.*”²²

²¹ DE LIMA, Zulmira Pires, “*Algumas considerações sobre a responsabilidade civil por danos morais*”, in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, 2º suplemento, Coimbra, 1940. V. XV, p. 240 *Apud* GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, *Novo Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil*, 14. ed. rev. e atual. de acordo com novo CPC – São Paulo – Saraiva, 2016.

²² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

Não existe mais clara demonstração de que, acertadamente, o legislador enxerga como muito mais eficaz a reparação da honra objetiva por tais meios, do que pelo pagamento de certo importe em dinheiro. Se a legislação civilista previsse que, na condenação, o juiz pudesse sentenciar o ofensor a retirar a ofensa aos ouvidos daqueles que a testemunharam, ou a retratar-se publicamente, no caso do da lesão a honra ter chegado a uma quantidade incontável, incerta e indeterminada de pessoas, não haveria razão para manter os ilícitos à honra sob a tutela penal. Contudo, assim não ocorre. O magistrado do direito privado (cível), via de regra, não condena o ofensor a *não mais fazer algo*, e tampouco, em uma *obrigação de fazer* (retirar uma calúnia veiculada em rede social e nela, publicamente, pedir desculpas à vítima, por exemplo). Já o *jugador penal*, até mesmo pelo princípio da taxatividade (artigo 5º, XXXIX, Constituição Federal), não poderia condenar ou compelir o ofensor a fazer desse modo.

A previsão constitucional do art. 5º, V e X, chama a Justiça Civil para tutelar a lesão à honra, mas, em nenhum momento veda a atuação da Justiça Penal. Vale dizer, a Carta Magna recepcionou o Código Penal de 1940 quanto a sua tutela aos ilícitos lesantes à honra.

Justamente por isso que, aqui, um esclarecimento é necessário. Apesar de entendermos como precipitada a descriminalização dos crimes contra honra, pela insuficiência dos mecanismos da Justiça Cível no sentido de efetivamente reparar o dano (especialmente o dano à honra objetiva, quando um grande número de pessoas ouve a falsa e grave imputação), isto não significa que ela não deva tutelar o ilícito à honra, mas sim, concomitantemente, e cooperativamente a Justiça Penal, reeducar o infrator e compensar a vítima. Eis aí o espírito da ação civil *ex delicto*.

A ATUAÇÃO DA LEI SOB A ÓPTICA DO OFENSOR

Tendo sido analisado os pormenores que rondam a reparação/punição do dano à honra, sob a óptica do ofendido, passemos então à análise tendo como objeto o ofensor. É nesta esteira de raciocínio, que a Justiça Cível ganha grande relevância quando tratamos do tema. Vejamos, a respeito da função da reparação civil, as palavras dos irretocáveis magistrados baianos, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO, *in Novo Curso de Direito Civil*:

Na primeira função, encontra-se o objetivo básico e finalidade da reparação civil: retornar as coisas ao status quo ante. Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um quantum indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente.

Como uma função secundária em relação à reposição das coisas ao das coisas ao estado em que e encontravam, mas igualmente relevante, está a ideia de punição do ofensor. Embora esta não seja a finalidade básica (admitindo-se, inclusive, a sua não incidência quando possível a restituição integral à situação jurídica anterior), a prestação imposta também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela prática na de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar.²³

Como se observa, a indenização tem dupla função. A de compensar e a de punir. Nesse sentido, a segunda é voltada necessariamente ao ofensor. Assim, a doutrina costuma falar em uma *função pedagógica* da reparação. O objetivo é que o ônus financeiro que a *Espada da Justiça* impõe, seja tão *“dolorido”* que o ofensor já não incorrerá futuramente num ilícito em relação a terceiros, para que não experimente novamente os ardores de tal repressão estatal. Como popularmente se diz, *“não dói até mexer no bolso”*. É basicamente como uma reeducação, semelhantemente ao que se tem como finalidade da pena na Justiça Criminal. Contudo, aqui, o desprazer que a punição gera, tem relevância muito maior na Justiça Civil, haja vista que a pequena quantidade de pena da justiça penal nos crimes contra a honra, permite a incidência de alguns institutos trazidos pela Lei 9.099/05 – como a transação penal, por exemplo.

²³ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 3, Responsabilidade Civil. 14ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, página 68.

Neste ponto necessária uma crítica. Para que a norma penal cumpra de maneira plena a sua finalidade preventiva no sentido de desencorajar a prática do crime, necessário que a pena em abstrato trazida pelo CP fosse aumentada, sob pena de incidirem sobre estas a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95. De um lado, o potencial criminoso teria a certeza de experimentar a sanção penal em seu mais conhecido aspecto – efetiva privação da liberdade – e ao mesmo tempo o legislador primária abstratamente pela maior proteção ao bem jurídico *honra*, que certamente, é de elevadíssima importância para o bem estar-social de cada cidadão brasileiro. É notório que a boa imagem, a boa fama, a visão social e pessoal sobre o indivíduo implicam de maneira bastante relevante para o harmônico exercício de outros direitos constitucionalmente garantidos.

Nessa linha de raciocínio, em que pese a importância para a reparação do dano por meio da aplicação da lei cível, entendemos que isso não é óbice para afastar a atuação da norma penal. Entendemos pela aplicação concomitante de ambos os regramentos, tanto da lei cível quanto da lei penal, ambas completando as vicissitudes e as limitações uma da outra, complementando-se entre si. Assim, dada a mencionada importância do bem jurídico honra para a manutenção (e restauração) da harmonia social, buscada não só pela norma penal como por outras disciplinas do Direito, é que entendemos não pela despenalização dos ilícitos contra a honra, mas sim, pelo endurecimento da pena em abstrato, com o fim de afastar os institutos despenalizadores da lei que trata dos Juizados Especiais. Este endurecimento não tem um fim em si mesmo, mas, objetiva, sobretudo, evidenciar a prevenção da lesão a honra por meio do *medo* que privação da liberdade gera no potencial agressor (e quando consumado o ato, estimulá-lo a retratação – retratação esta que, via de regra não consta no dispositivo da sentença condenatória cível, que se limita a condenar a indenização em caráter pecuniário pelo dano moral e seus efeitos).

A bem da verdade, não se pode ignorar que em alguns casos os efeitos dos crimes contra a honra acabam sendo tão poucos ou tão insignificantes que não seria necessária a atuação da norma penal.

Entretanto, como é notório, há situações nas quais as consequências das ofensas são tão desastrosas que não pode o exegeta da lei contentar-se com a atuação dos Diplomas de natureza civil.

O Direito Penal deve atuar quando a conduta praticada trazer danos tão grandes de modo que já não se pode esperar que a harmonia social seja restaurada sem a sua ação, não podendo se falar na aplicação do *Princípio da Intervenção Mínima*.

Ademais, não resta dúvida quanto a extensão de tais danos quando nos lembramos, por exemplo, do já citado *Cyberbullying*²⁴, recorrente nos ambientes escolares e universitários.

A descriminalização de tais condutas resolveria a questão nos casos em que os desdobramentos e consequências da conduta são ínfimos, no entanto, acabaria por furtar-se o Direito Penal de atuar quando fosse necessário.

De modo contrário, mantendo-se a tipificação o julgador poderá, no caso concreto, aferir se é o caso de aplicar a sanção penal ou o *Princípio da Insignificância*. Assim, fica afastado o risco de “punir demais o pouco” e “punir de menos o muito”.

RESULTADOS, CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que se disse, conclui-se: os ilícitos a honra (quando admitirem retratação) devem continuar sendo tutelados pela Justiça Penal, pois é esta que compele o ofensor a retirar a sua ofensa de circulação (especialmente quando ela se dá por meios eletrônicos e/ou na presença de várias pessoas) para que sobre ele não recaia nenhuma pena (ainda que leve). O CP, para a exclusão do crime, ataca diretamente a gênese do problema (art. 143, CP), de modo que a reparação cível, em sua faceta compensatória, nem sempre é suficiente para fazer sanar as consequências gigantescas de um delito contra à honra (v. *cyberbullying*, p. ex).

Entretanto, no que tange a pessoa do ofensor, forçoso é dizer que a condenação no âmbito cível, no seu aspecto punitivo, tem consequências muito mais gravosas e pesadas ao infrator do que a condenação penal (já que nos casos do crimes contra a honra, recorrentemente o réu é beneficiado pelos

²⁴ Sobre o conceito, características e efeitos das ofensas difundidas por meio virtual, remetemos o leitor ao artigo *Cyberbullying: conceituações, dinâmicas, personagens e implicações à saúde*. Ciência & Saúde Coletiva. Versão impressa: ISSN 1413-8123. Versão On-line: ISSN 1678-4561. Ciênc. saúde coletiva vol. 23 nº. 10. Rio de Janeiro. Out. 2018. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232018001003369&lng=pt&tlng=pt. Acesso em 28.07.2020.

instituto benéficos da Lei 9.099/95 – como a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89, dentre outras).

Assim, correto é o pensamento de que a CF/88, ainda que fazendo alusão a indenização cível como remédio para o ilícito contra a honra, em nenhum momento veda a atuação da Lei Penal para tutelar tais crimes. Neste sentido, vale repetir, a CF/88 recepcionou o Código Penal de 1940. Tal interpretação é correta porque a atuação concomitante e cooperativa das duas Justiças, Cível e Penal, soluciona o problema em todos os seus aspectos. Sob a óptica do ofendido, estimulando a retratação, e o consequente cessar dos efeitos da ofensa, a Justiça Penal, por vezes, é mais eficiente que a indenização, pois esta se limita a compensar. Sob a óptica do ofensor, é a Justiça Cível a que melhor resolve o problema, pois mais penosa é esta para o infrator do que a Justiça Penal, se levarmos em conta todos os instrumentos processuais e disposições da Lei dos Juizados Especiais (9.099/95). Lembremos também que um dos balizadores da fixação do *quantum* indenizatório pelo dano moral é a situação econômica do ofensor. Assim, não basta que o *indene* compense a vítima, mas que, também revelando o já citado caráter pedagógico da condenação prevista no artigo 927 do Código Civil, represente ônus financeiro para o infrator, de modo a desencorajá-lo a incorrer novamente na sua conduta ilícita.

Não obstante admitirmos que em muitos casos a conduta típica tem efeitos rasos, entendemos que a descriminalização da mesma é precipitada. A aplicação do *Princípio da Insignificância* se revelou incorreta nas situações em que os danos à vítima implicam em desdobramentos tão graves e envolvem número tão grande de pessoas (dada a publicidade da ofensa) que já não se pode entender que o ilícito importa somente à esfera privada.

A atuação conjunta e cooperativa de ambos (Direito Penal e Não-Penal) proporciona a mais lúdima homenagem a Justiça, não só por imperativo lógico, mas também por respeito à reparação à vítima em todas as suas esferas e também ao Estado Democrático de Direito, que não pode afrouxar a proteção bem jurídico tão valioso para as relações sociais: a honra.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE MAGNO FERNANDES MOREIRA. *Os crimes contra a honra como um atentado à liberdade de expressão*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/43052/os-crimes-contra-a-honra-como-um-atentado-a-liberdade-de-expressao>. Último acesso em 07.05.2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol. 2, 18ª ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: SaraivaJur, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 07.05.2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

BRASIL. STF, Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424/DF Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento: 09/02/2012. DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014, Brasília-DF.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 1: Parte Geral. – 22ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

GABRIELLA ROLEMBERG ALVES. *Descriminalização dos crimes contra a honra*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13181&revista_caderno=3. Último acesso em 07.05.2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte especial* /Coordenador: Pedro Lenza – 8ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – Parte Geral – vol. 1 / Cleber Masson. – 10ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2016.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 3, *Responsabilidade Civil*. 14ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

TAIZA RAMOS DE SOUZA COSTA FERREIRA; SUELY FERREIRA DESLANDES. *Cyberbullying: conceituações, dinâmicas, personagens e implicações à saúde*. Ciência & Saúde Coletiva.

Versão impressa: ISSN 1413-8123. Versão On-line: ISSN 1678-4561. Ciênc. saúde coletiva vol. 23 nº. 10. Rio de Janeiro. Out. 2018.

Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232018001003369&lng=pt&tlng=pt. Acesso em 28.07.2020.

CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE E A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

Daniel Candido Rodrigues¹, Fábio Ferreira Morong¹, Gerson Faustino Rosa²

¹Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. ²Escola Superior de Polícia Civil do Estado do Paraná, Curitiba, PR. E-mail: danielpp32@hotmail.com

RESUMO

Recentemente a jurisprudência pátria pacificou o entendimento de que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada autonomamente pela prática de crimes ambientais. Desta maneira, adotou-se a interpretação de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está prevista no artigo 225, §3º, da Constituição Federal, que é regulamentada pela Lei nº 9.605/98. Acontece que, conforme defende parcela da doutrina, a melhor interpretação que se deve dar ao dispositivo constitucional é a de que a pessoa jurídica é irresponsável penalmente, porquanto não possui capacidade para praticar condutas, vez que somente o homem é capaz deste intento. De modo que, entender-se de maneira diversa, acabaríamos por reconhecer a responsabilidade penal objetiva, que é rechaçada pelo ordenamento jurídico vigente. Portanto, conclui-se que a responsabilidade criminal do ente moral pela prática de infrações penais ambientais não é compatível com as regras penais atualmente vigentes. Assim, este trabalho tem por escopo apresentar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes a respeito do tema proposto, visando demonstrar que a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica é o entendimento que se coaduna com o sistema penal pátrio. Como método de pesquisa utilizou-se pesquisa exploratória bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial com abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Responsabilização Criminal dos Entes Morais. Direito Constitucional do Meio Ambiente. Direito penal. Imputação Subjetiva.

CRIMES AGAINST THE ENVIRONMENT AND THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF LEGAL ENTITIES IN THE LIGHT OF THE SUBJECTIVE IMPUTATION PRINCIPLE

ABSTRACT

Recently, domestic jurisprudence has understood that the legal entity can be held autonomously responsible for the practice of environmental crimes. In this way, the interpretation adopted was that the criminal liability of the legal person is provided in the article 225, paragraph 3º, of the Federal Constitution, which is regulated by Law nº. 9.605/98. It turns out that, as a minority of the doctrine defends, the best interpretation that should be given to the constitutional provision is that the legal entity is criminally not responsible, because this legal entity has no capacity to practice such conduct, since only humankind is capable of this intent. So, if we understand ourselves differently, we would end up recognizing objective criminal liability, which is rejected by the current legal system. Therefore, this paper aims to present divergent doctrinal and jurisprudential positions regarding the proposed theme, aiming to demonstrate that the criminal irresponsibility of the legal entity is the understanding that is consistent with the national criminal system. As a research method, exploratory bibliographic, doctrinal and jurisprudential research with a qualitative approach were used.

Keywords: Criminal Accountability of Moral Entities. Constitutional Environmental Law. Criminal Law. Subjective imputation.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inovou na ordem jurídica brasileira ao consagrar o meio ambiente como um direito fundamental que tem por destinatários as presentes e futuras gerações. Com escopo de resguardar a proteção ambiental, o legislador constituinte estabeleceu que o meio ambiente é bem jurídico penal e, portanto, passível de proteção neste âmbito do direito.

A referida previsão vem estampada no artigo 225, §3º da Constituição Federal e rompeu com o tradicional entendimento da impossibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica.

Diante disso, o legislador infraconstitucional regulamentou o assunto com a edição da Lei dos Crimes ambientais (Lei nº 9.605/98), que estabelece a responsabilidade penal das pessoas físicas e jurídicas pelo cometimento de delitos ambientais, bem como estabeleceu as respectivas penas, em especial, com relação ao ente moral.

Em que pese os legisladores constituinte e infraconstitucional terem criado os mencionados dispositivos e demonstrado a intenção de tutelar o meio ambiente sob o ramo do direito penal, a doutrina se dividiu a respeito da viabilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Com base em leitura de alguns dos autores que se debruçaram sobre tema, o objetivo do estudo configurou-se em identificar os principais entendimentos apresentados pela doutrina.

O objetivo deste estudo é apresentar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais das cortes superiores que admitem a referida responsabilidade em decorrência da expressa previsão constitucional, como também aqueles que refutam esta responsabilidade em decorrência de sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico atual.

Destarte, inicialmente são apresentadas as previsões constitucional e infraconstitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o conceito de pessoa jurídica e algumas das teorias a respeito de sua natureza jurídica. A seguir, os entendimentos que permitem a responsabilidade penal do ente moral e como contraponto os entendimentos contrários da doutrina pátria. Por fim, de maneira breve, os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal a respeito do tema proposto.

O artigo está pautado na literatura jurídica, constituindo a coleta de dados mediante pesquisas bibliográficas, doutrinárias e jurisprudenciais, publicações de artigos em revistas, jornais e sites específicos na Internet, além de legislações referentes ao tema, a fim de obter informações essenciais para explicar e compreender o assunto proposto.

Diante da inexistência de dados estatísticos para desenvolver eventual representação gráfica, o instrumento de coleta será qualitativo, embasando-se nos caminhos dos autores, profissionais do Direito e outros pesquisados.

PREVISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A proteção ao meio ambiente surgiu como direito fundamental de terceira geração inicialmente no âmbito internacional e depois nas constituições do segundo pós-guerra, em decorrência da conscientização do homem no que concerne à proteção da natureza e à qualidade do meio ambiente em que vive (NOVELINO, 2014, p. 1065).

Segundo o autor acima citado, no Brasil as regras constitucionais relacionadas ao meio ambiente vieram detalhadas e sistematizadas com a Constituição de 1988, que pode ser considerada uma das mais avançadas do mundo em questão de matéria ambiental (NOVELINO, p. 1066).

Conforme ensina a doutrina, o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, preconiza que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a sua defesa e preservação são direito e dever de todos, seja pelo Estado ou pela coletividade, pois se trata de bem de uso comum do povo destinado as futuras e presentes gerações (LENZA, 2018, p.1492).

É importante destacar que o constituinte não se limitou em elevar o direito ao meio ambiente à norma constitucional, como também estabeleceu a imprescindibilidade de sua proteção jurídica penal por meio de “mandamento expresso de criminalização” (PRADO, 2019, p. 22).

A Carta Magna brasileira de 1988, comparada as suas predecessoras, que eram omissas em relação à questão em tela, inovou ao dispor sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas (SHECAIRA, 1998, p. 114).

Neste sentido, o §3º do artigo 225 da Carta Magna, define que as pessoas físicas e jurídicas responderão penalmente e administrativamente quando causarem lesão ao referido bem jurídico (BASTOS, 1999, p. 491).

Logo, a prática de um mesmo fato poderá acarretar a responsabilização, de forma independente e autônoma nas esferas criminal, administrativa e civil, pelos atos cometidos por pessoa física ou jurídica.

Deste modo, a responsabilização civil tem por escopo o resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado, que pode ser por intermédio de imposição de obrigações comissivas ou omissivas, bem como por medidas de cunho pecuniário com finalidade compensatória. A responsabilidade administrativa tem por objetivo efetivar o poder de polícia no âmbito ambiental da administração pública. E, por fim, a responsabilidade penal, objetiva tutelar o meio ambiente que foi elevado à qualidade de bem jurídico penal (NOVELINO, 2014, p. 1069).

Considerando que, em matéria de direito penal, deve-se observar o princípio da reserva legal, o legislador pátrio editou a Lei de Crimes Ambientais, Lei n.º 9.605/98, que trata da tutela penal do meio ambiente.

Atendendo ao comando constitucional, a responsabilização penal da pessoa jurídica está prevista expressamente no artigo 3º da Lei n.º 9.605/90, *in verbis*:

Artigo 3º As Pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato. (BRASIL, Lei nº 9.605/90).

Conforme se observa, o dispositivo estabelece de forma clara que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de penalização da pessoa natural, caso tenha contribuído de alguma forma para a prática do delito (DELMANTO, 2018, p. 593).

A citada lei preconizou três espécies de penas aplicáveis à pessoa jurídica, quais sejam: multa, restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade (SHECAIRA, 1998, p. 127). Neste sentido, dispõem os artigos 21 e 22 da Lei nº 9.605/90:

Artigo 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativamente ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

- I – multa;
- II – restritivas de direitos;
- III – prestação de serviços à comunidade.

Artigo 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

- I – suspensão parcial ou total de atividades;
- II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
- III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. (BRASIL, Lei nº 9.605/90).

Em decorrência destes dispositivos, a doutrina e jurisprudência debatem a respeito da compatibilidade da responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica frente ao atual ordenamento jurídico brasileiro, que será objeto de estudo a seguir.

PESSOA JURÍDICA CONCEITO

Considerando que o artigo trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica, neste capítulo será brevemente colacionado o conceito de pessoa jurídica e algumas das diversas teorias existentes a respeito de sua natureza jurídica, porquanto, indispensáveis para a melhor compreensão do assunto.

Apresentados os fundamentos constitucional e legal da possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica no âmbito penal, necessário se faz trazer à baila os conceitos de pessoa jurídica apontados pela doutrina pátria.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 214) o homem é um ser social, que precisa viver em grupo, assim, em razão de suas limitações pessoais ele se une com outros indivíduos para alcançarem objetivos comuns.

Quanto ao conceito de pessoa jurídica, define que se trata da união de pessoas ou bens, com personalidade jurídica distinta de seus membros, formada segundo critérios estabelecidos lei, com escopo de alcançarem objetivo comum. Em decorrência desta capacidade jurídica conferida pela lei, ela detém condição de praticar atos e negócios jurídicos em nome próprio (GONÇALVES, 2011, p. 215).

A respeito do tema tratado, Manuel de Andrade leciona da seguinte maneira:

São organizações constituídas por um agrupamento de pessoas ou por um complexo patrimonial (*massa de bens*), tendo em vista a prossecução dum interesse comum determinado, e às quais a ordem jurídica atribuí a qualidade de sujeito de direito, isto é, reconhece como centros autônomos de relações jurídicas. (ADRADE, *apud* Ney Júnior; Nery, 2013, p. 298).

No mesmo sentido é o entendimento de Flávio Tartuce:

As pessoas jurídicas, denominadas *pessoas coletivas, morais, fictícias ou abstratas*, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por ficção legal. Apesar de o Código Civil não repetir a regra do art. 20 do CC/1916, a pessoa jurídica não se confunde com seus membros, sendo essa regra inerente à própria concepção de pessoa jurídica. (TARTUCE, 2012, p. 125).

Desta maneira, dos entendimentos apresentados, pode-se extrair que a existência da pessoa jurídica decorre da necessidade humana de alcançar determinados objetivos, em que os sujeitos optam por agrupar-se com o fim de alcançarem seus intentos com maior facilidade.

Portanto, com relação ao conceito de pessoa jurídica, a doutrina é pacífica a respeito do assunto e não há grandes discussões a respeito. Destarte, no próximo tópico serão apresentadas as teorias que justificam a natureza jurídica dos entes morais.

TEORIAS SOBRE A NATUREZA DA PESSOA JURÍDICA

Dos estudos doutrinários a respeito da natureza jurídica da pessoa jurídica podem ser extraídas três principais teorias, quais sejam: a negativista, da ficção e da realidade.

A teoria negativista não admite que a reunião de pessoas para a busca de um objetivo comum tenha personalidade jurídica, pois apenas as pessoas físicas seriam detentoras desta qualidade (SANCTIS, 1999, p. 06-07).

Neste sentido é a lição de Orlando Gomes e Clóvis Beviláqua:

As teorias negativistas não admitem possam as pessoas jurídicas ser sujeitos de direito, entendendo que só as pessoas naturais podem ter essa qualidade. Dentre os seus adeptos destacam-se Ilhering, que considerava verdadeiros sujeitos de direito os indivíduos que compõem o órgão associativo, sendo este apenas forma especial de manifestação exterior da vontade daqueles; Brinz e Bekker, que veem no fato associativo um patrimônio destinado a um fim; Planiol e Barthélémy, que abstraem o aspecto subjetivo do fenômeno, para apresenta-lo como forma de condomínio ou propriedade coletiva. Essas teorias têm hoje valor puramente histórico e ilustrativo. (GOMES; BEVILÁQUA *apud* GONÇALVES, 2011, p. 216).

As teorias da ficção, não aceitas atualmente, subdividem-se em duas categorias, quais sejam: a da ficção legal e da ficção doutrinária. A primeira, estudada e desenvolvida por Savigny, entende que a pessoa jurídica seria uma criação artificial da lei com finalidade patrimonial, porquanto apenas a pessoa natural pode ser sujeito de direitos e obrigações. De outra ponta, os defensores da segunda, apontam que a pessoa jurídica é uma ficção criada pelos próprios estudiosos do direito (GONÇALVES, 2011, p. 217).

Com as teorias da realidade, vislumbra-se que, as pessoas jurídicas possuem existência própria. A teoria da realidade objetiva ou orgânica, de Gierke e Zitelman, defende que a pessoa jurídica é fruto social,

que possui vida própria distinta de seus membros. Já a teoria da “realidade jurídica ou institucionalista, preconiza que as pessoas jurídicas são frutos de relações sociais, em que grupos se organizariam para alcançar um objetivo socialmente proveitoso” (GONÇALVES, 2011, p. 217-218).

Por derradeiro, segundo a teoria da realidade técnica, adotada pelo Código Civil de 2.002, a personalidade da pessoa jurídica é um processo técnico criado pelo direito, conforme leciona Orlando Gomes (*apud* GODOY *et al*, 2007, p. 42): “a personalidade, isto é, a atribuição de capacidade jurídica à semelhança do que ocorre com as pessoas naturais, é uma *ficção de Direito*, porque não passa de simples processo técnico”.

Portanto, de acordo com a teoria prevalente no ordenamento jurídico vigente, a pessoa jurídica é um ente distinto de seus componentes. Acontece que, a manifestação da sua vontade se dá por intermédio das pessoas naturais que detém o seu controle, surgindo então, os questionamentos a respeito da possibilidade de sua responsabilização na seara penal.

ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

Conforme apresentado nos capítulos anteriores, a Constituição Federal de 1988 erigiu o meio ambiente como direito fundamental. Além disso, declarou a necessidade de que seja dispensada tutela penal visando resguardá-lo. Neste capítulo será apresentada a discussão existente na doutrina pátria a respeito da constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais.

Para os adeptos da possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, os artigos 225, §3º, e 173, §5º, ambos da Constituição Federal, são suficientes para demonstrar que o constituinte tem por objetivo viabilizar a imputação autônoma dos entes morais no âmbito penal.

Em que pese não admitir a responsabilidade penal do ente moral, Rogério Grego (2010, p. 143) destaca que:

Embora seja o delito o resultado de uma ação humana, nosso legislador constituinte previu expressamente em nossa Constituição Federal a possibilidade de punir penalmente a pessoa jurídica por ter ela própria praticado uma atividade lesiva ao meio ambiente, conforme se deduz da redação de seu art. 225, §3º [...].

Corroborando com a noção acima exposta, José Afonso da Silva (1994, p. 718) acrescenta que:

Cabe invocar, aqui, a tal propósito, o disposto no art. 173, §5º, que prevê a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, independente da responsabilidade de seus dirigentes, sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica, que tem como um de seus princípios a defesa do meio ambiente.

Desta maneira, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 apresentou notável inovação ao consagrar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com o fim de resguardar o direito fundamental ao meio ambiente.

No que concerne à interpretação do disposto no artigo 225, §3º, da Constituição, ensina a doutrina que as expressões “condutas” e “atividades” devem ser entendidas como sinônimos e por consequência, tanto as pessoas jurídicas ou físicas poderiam ser responsabilizadas criminalmente ao realizarem condutas ou atividades que degradem o meio ambiente (SHECAIRA, 1998, p. 118-119).

Roberto Delmanto (2018, p. 595), embora refute a responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico vigente, entende que a referida responsabilidade está prevista expressamente na Carta Magna. Nesta toada é a sua lição:

[...] Com efeito, o legislador constituinte referiu-se aos “infratores” como as “pessoas físicas ou jurídicas”, colocando, ainda, a referida expressão entre vírgulas, logo em seguida, dispôs que essas pessoas estarão sujeitas a sanções penais e administrativas; tais fatos, por si sós, a nosso ver, demonstram que o legislador

constituente efetivamente admitiu a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas para os delitos ambientais.

Então, para esta corrente, a melhor interpretação é no sentido de que a previsão constitucional para as responsabilidades penal, civil e administrativa relacionadas às violações ao meio ambiente, é destinada não só as pessoas físicas, como também para as pessoas morais.

Outrossim, Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 618) ressalta que a Constituição admite expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica e não seria aceitável o intérprete se valer de uma “leitura capciosa” do que consta no artigo 225, §3º.

Corroborando com este entendimento, Damásio de Jesus (2020, p. 200-201) ensina que, embora existam divergências no que tange a interpretação dos dispositivos constitucionais, o legislador cuidou de disciplinar o tema editando a Lei de Proteção Ambiental (Lei nº 9.605/1998) e regulamentou a referida responsabilidade.

Diante deste panorama, ficariam afastadas eventuais dúvidas a respeito da previsão constitucional que permite a reponsabilidade criminal autônoma das pessoas jurídicas em decorrência da prática de crimes ambientais.

Avançando nas discussões existentes a respeito do tema, no que pertine a natureza jurídica da pessoa moral, conforme adrede mencionado, o ordenamento jurídico vigente adotou a teoria da realidade técnica, segundo a qual a pessoa jurídica é dotada de vontade própria, que é externada por seus órgãos e não confunde com a vontade de seus membros (SANCTIS, 1999, p. 10).

Desta maneira, não há se falar em incompatibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois a teoria da realidade considera real a existência da pessoa jurídica, que possui atributos próprios e pode atuar na sociedade. Logo, defende-se que o ente moral é dotado de capacidade própria de vontade.

A partir deste entendimento, Fausto Martins de Sancts (1999, p. 83) ensina que seriam exigidas duas condições para a imputação da pessoa jurídica:

A primeira é a existência de pessoas físicas que atuem como intermediários de seus atos e no benefício ou interesse do ente coletivo; a segunda condição é a de que a infração criminal deve ser cometida pela vontade deliberada pelos órgãos sociais ou representantes.

Assim, não são todos os atos praticados pela pessoa jurídica que seriam considerados infrações penais, sendo imprescindível a atuação de pessoas físicas em benefício do ente moral e que decorra de seu órgão deliberativo, sob pena de acarretar a atipicidade dos fatos.

Outra importante teoria que foi adotada pela jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, é a chamada teoria da dupla imputação, baseada no Código Penal Francês de 1992, conhecida por imputação por ricochete, segundo a qual, para a responsabilização do ente coletivo, seria imprescindível a imputação da pessoa física e da pessoa jurídica, nas hipóteses em que a primeira tenha agido em proveito da segunda (SOUZA, 2020, p. 123).

Assim leciona André Estefam (2020, p. 86-87):

Nossos tribunais chegaram a condicionar a instauração de um processo penal contra uma pessoa jurídica à descrição concomitante de atos delitivos praticados pelos dirigentes da empresa e em benefício dela. Afinal, sempre que se puder cogitar da responsabilização criminal de uma pessoa jurídica, exige-se, *ex ante*, que tenha havido um comportamento delitivo (capaz de subsumir-se a um crime ambiental) cometido por seu representante e em seu interesse ou benefício. Dar-se-ia, então, um concurso necessário de agentes, exigindo-se que a denúncia descrevesse a conduta da pessoa jurídica e da pessoa física (ainda que esta, excepcionalmente, não tenha sido identificada).

Neste diapasão discorre João Paulo Orsini Martinelli (2017, p. 638):

A jurisprudência comumente adotava o critério da dupla imputação, segundo a qual a responsabilidade penal da pessoa jurídica estava condicionada à responsabilidade penal da pessoa física. Ou seja, a responsabilização penal da pessoa jurídica não dispensava a imputação concomitante da pessoa física que age em seu nome ou em seu benefício. Isso

porque “apenas à pessoa física poderia ser atribuído o elemento volitivo do tipo penal – culpa ou dolo “ (STJ, 5ª Turma, RMS n. 37.293/SP, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 9-5-2013). Assim, a pessoa jurídica poderia responder pelo crime, desde que, necessariamente, também se apurasse a responsabilidade da pessoa física.

Para esta teoria, em virtude de apenas a pessoa física ser dotada dos atributos necessários para o cometimento da conduta penalmente relevante, é imperativo que, quando da formulação da peça acusatória, o Ministério Público descreva as condutas tipificadas como crimes ambientais praticadas pela pessoa natural e moral, tendo-se como indispensável a presença da primeira.

Paulo César Busato (2012, p. 36-38) defende a ideia de que o conceito finalista de ação tornou-se inadequado, pois se o ordenamento jurídico admite crimes cujos bens jurídicos tutelados são incorpóreos, nada impede que a conduta seja despida de caráter ontológico. E arremata: “o conceito jurídico de ação não tem por que coincidir com o conceito físico de ação”.

A partir deste modelo, o conceito tradicional de ação seria modificado, de maneira que a conduta seria reprovada em decorrência da existência de uma norma jurídica, que não corresponderia necessariamente à atuação no mundo real.

Quanto ao dolo, o citado autor (BUSATO, 2012, p. 44-45), afirma que ele é atribuído e não psicológico, porquanto é impossível identificar o que o agente pensava quando praticou uma infração penal. Deste modo, nada impede que elemento subjetivo da pessoa jurídica seja analisado por meio de valorização, que permitira apurar a sua vontade.

Destarte, no que tange a culpabilidade, Paulo César Busato (2012, p. 50-52), acrescenta que, por motivos de política criminal, considerou-se que determinadas pessoas deveriam ser controladas no âmbito penal, como por exemplo, os inimputáveis. Estes indivíduos são punidos com base exclusivamente em sua periculosidade. Portanto, nada impediria que as pessoas jurídicas fossem submetidas a medidas de segurança, uma vez que possuem elevado grau de periculosidade.

Conforme se observa, para viabilizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de infrações penais contra o meio ambiente, mesmo que se entenda pela existência de expressa previsão constitucional e infraconstitucional a respeito do tema, torna-se imprescindível à flexibilização de institutos jurídicos penais tradicionalmente estudados pela doutrina.

ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

No que tange a previsão constitucional da responsabilidade penal das pessoas física e jurídica, a crítica da doutrina é no sentido de que o sistema penal pátrio apresenta características próprias que permitem interpretar o §3º do Artigo 225 da Constituição Federal de maneira diversa.

Segundo o ensinamento de Luiz Regis Prado (2019, p. 24), a interpretação que se extrai da mencionada previsão constitucional é a de que a pessoa jurídica deve ser responsabilizada por sua atividade lesiva ao meio ambiente, restrita apenas aos âmbitos civil e administrativo, ao passo que a conduta da pessoa física causadora de dano ao meio ambiente está sujeita as sanções penais, civis e administrativas. Neste sentido ministra:

A referência ao sistema punitivo, que estabelece a distinção entre as sanções, além de ser fator importante de sua eficácia, só pode ser compreendida à luz dos princípios penais ínsitos na própria Constituição – numa visão lógico-sistemática e teleológica – e no sentido tradicional das categorias jurídico-penais a eles adstritas. Embora seja o texto constitucional bastante ambíguo, não há se falar aqui em previsão da responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Aliás, o dispositivo em tela se refere, expressamente, a *conduta/atividade*, e, em sequência, a pessoas físicas ou jurídicas. Dessa forma, vislumbra-se que o próprio legislador procurou fazer a devida distinção, através da correlação significativa mencionada. (PRADO, 2019, p. 24).

Deste modo, para os defensores da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, o dispositivo que prevê a responsabilidade penal por infrações penais ambientais deve ser interpretado conforme o ordenamento jurídico, sob pena de violar os preceitos constitucionais já estabelecidos.

Fausto Martin de Sanctis (1999, p. 58), afirma que, segundo os defensores da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, o mencionado dispositivo constitucional não pode ser interpretado pelo método gramatical, pois a constituição deve ser entendida em seu conjunto. Acrescenta que o legislador equivocadamente deixou de constar o termo “respectivamente” no texto constitucional, o que permitiria compreender que apenas as pessoas físicas podem ser responsabilizadas penalmente.

No mesmo sentido é o entendimento de Luiz Luizi *et al* (2013, p. 37-38), para o qual a interpretação literal da mencionada disposição constitucional deve ser afastada, porquanto é necessária a utilização de outros métodos de interpretação, em especial, o sistemático, que considera o dispositivo analisado como integrante de um sistema, o sob pena de se violar os princípios constitucionais da pessoalidade da pena e da culpabilidade.

Quanto à existência de previsão constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica, há aqueles que entendem que o artigo 173, §5º da Constituição Federal reforça a ideia de sua admissibilidade no ordenamento jurídico.

Luiz Luisi *et al* (2013, p. 36-37), ressalta que, inicialmente, a redação proposta para o referido dispositivo continha a disposição expressa da reponsabilidade criminal da pessoa jurídica. Contudo, o texto foi alterado e recebeu a atual redação no sentido de que a pessoa jurídica será punida de acordo com a sua natureza.

Em decorrência desta modificação, o citado autor afirma que é possível entender que o constituinte não aceitou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, caso contrário, teria mantido a mencionada previsão de responsabilidade penal dos entes coletivos.

A respeito da referida disposição constitucional, César Roberto Bitencourt arremata que:

1ª) a responsabilidade pessoal dos dirigentes não se confunde com a reponsabilidade da pessoa jurídica; 2ª) a Constituição não dotou a pessoa jurídica de responsabilidade penal. Ao contrário, condicionou a sua responsabilidade à aplicação de sanções compatíveis com a sua natureza. (BITENCOURT, 2020, p. 323).

Logo, para esta corrente, o dirigente da pessoa jurídica será responsabilizado penalmente observando-se os princípios constitucionais do direito penal, ao passo que a pessoa jurídica somente será responsabilizada no âmbito civil e/ou administrativo, pois a sua natureza não admite punição penal.

Outro argumento suscitado pela doutrina é o da existência das diversas teorias a respeito da natureza jurídica da pessoa jurídica. Desta maneira, segundo a teoria da ficção, a pessoa jurídica carece de imputabilidade, pois ela não possui vontade ou consciência própria, uma vez que são seus dirigentes quem praticam os seus atos. Portanto, em decorrência desta ficção legal apenas as pessoas físicas são responsáveis por seus atos (JESUS, 2020, p. 200).

Acrescente-se que, ainda que o delito ambiental vise o interesse da pessoa jurídica, ele sempre será cometido por pessoas naturais, porquanto o ente moral não é dotado de vontade e capacidade de ação (PRADO, 2020, p. 233).

A partir deste entendimento, advém o ensino histórico da irresponsabilidade da pessoa jurídica estampado no brocardo *societas deliqueure non potest*, no sentido de que, tradicionalmente, as constituições preconizam a responsabilidade penal pessoal fundada na análise do dolo, culpa e da imputabilidade (CERNICCHIARO; COSTA JÚNIOR, 1995, p. 267).

Conforme a interpretação acima referida, a doutrina aponta que a pessoa jurídica carece da capacidade de praticar uma ação, não detém culpabilidade e tampouco é capaz de se sujeitar a uma pena. Em razão disso, estão ausentes os requisitos imprescindíveis para a viabilização da responsabilidade penal subjetiva (PRADO *et al*, 2013, p.131).

Segundo a doutrina pátria, entende-se que a conduta penalmente relevante pode ser praticada apenas pelo homem, pois é dotada de conteúdo psicológico, uma vez que consiste na vontade livre e dirigida a um fim determinado (DOTTI, 2005, p. 303).

É neste sentido a teoria finalista da ação sistematizada por Welzel, em que a ação é concebida como “um comportamento humano voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer”. Isto é, o homem, sempre que pratica uma ação ou omissão, direciona a sua conduta para uma finalidade específica, podendo ela ser lícita ou ilícita (GRECO, 2015, p. 205).

Assim, partindo-se desta premissa, considerar que a pessoa jurídica tenha capacidade de praticar uma conduta penalmente relevante, trata-se de verdadeira invenção do conceito de conduta.

Conforme lição de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p. 387-388), no momento em que uma determinada conduta é desvalorada pelo direito penal, o legislador não pretende modificar o seu “ser” ou fazê-la surgir, mas tão somente reprová-la. Em outras palavras, o direito penal não deve criar novos conceitos de conduta, mas tão somente regulamentá-las.

Além disso, destacam o que o princípio *nullum crimen sine conducta* trata-se de importante garantia, pois se fosse extinto, torna-se impossível limitar o que seria considerado crime, incluindo aí viabilidade da criminalização de ideias, a maneira de ser, características da pessoa e etc. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 388-389).

Nesta toada, quanto à responsabilização criminal da pessoa jurídica, os mencionados autores afirmam que o ente moral e a pessoa física são estruturalmente diferentes, bem como “a conduta humana não tem seu equivalente no ato jurídico da pessoa jurídica” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 389).

Daí se falar que o ato da pessoa jurídica não é revestido de qualquer carga psicológica e, portanto, não pode ser assemelhado ao de uma conduta humana. E concluem: “a pessoa jurídica não pode ser autora de delito, porque não tem capacidade de conduta humana no seu sentido ôntico-ontológico” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 389).

Luiz Régis Prado *et al* (2013, p. 131-132) compartilha do mesmo entendimento: “a pessoa jurídica não tem *consciência e vontade* – em sentido *psicológico* – semelhante à pessoa física, e, com isso, capacidade de autodeterminação, faculdades que necessariamente hão de ser tomados por empréstimo aos homens.”

Conforme se extrai dos entendimentos esposados, diante da ausência de elemento psíquico, a pessoa jurídica não reúne condições para praticar uma conduta penalmente relevante e, por consequência, não pode ser destinatária da norma penal.

Quanto à ausência de culpabilidade da pessoa jurídica, inicialmente cumpre apresentar o seu conceito doutrinário que, segundo Rogério Greco “é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente” (2010, p. 363).

Luiz Regis Prado conceitua culpabilidade como “a reprovação pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita em determinadas circunstâncias em que se podia atuar conforme as exigências do ordenamento jurídico” (2020, p. 195).

Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, o conceito geral de culpabilidade se trata da “reprovabilidade do injusto ao autor” (2004, p. 571). E acrescentam:

O que lhe é reprovado? O injusto. Porque se lhe reprova? Porque não se motivou na norma. Porque se lhe reprova não haver-se motivado na norma? Porque lhe era exigível que se motivasse nela. Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito (2004, p. 571).

Para a doutrina finalista, a culpabilidade é considerada elemento do crime e pressuposto para a aplicação da pena, bem como é composta por outros três elementos, quais sejam: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

O primeiro elemento, isto é, a imputabilidade, pode ser definida como a capacidade de culpa, que pressupõe a capacidade do indivíduo de entender a ilicitude do fato e de agir conforme este entendimento. A consciência da ilicitude é conceituada como a possibilidade do sujeito compreender a ilicitude de suas ações, sendo desnecessária a real consciência da antijuridicidade. Já o último elemento, se traduz na exigência de que o agente, diante de determinadas circunstâncias, pautar a sua conduta conforme o ordenamento jurídico (DOTTI, 2005, p. 347-348).

Conforme os conceitos acima apresentados, no que tange a este elemento do crime, observa-se que ele é destinado a censurar pessoalmente o agente violador da norma penal. Todavia, no caso da

pessoa jurídica, não há se falar em culpabilidade, porquanto são seus dirigentes, pessoas físicas, quem praticam os atos ilícitos, uma vez que ela não é dotada de capacidade psíquica.

Neste sentido leciona Luiz Regis Prado (1992, p. 86): “a noção de culpabilidade aceita é a da culpabilidade pelo fato individual (*einzelaltschuld*), que importa num Direito Penal do fato ou da culpa (*nullum crimen sine culpa*), evitando-se a chamada responsabilidade objetiva ou pelo evento”.

Deste modo, admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica acarretaria na adoção do indesejado direito penal do autor e da responsabilidade penal objetiva, sendo que ambos os institutos são rechaçados pelo ordenamento jurídico vigente.

Outrossim, a mencionada responsabilidade viola o princípio constitucional da personalidade da pena (artigo 5º, XLV, Constituição Federal), porquanto trata-se garantia é destinada apenas ao ser humano. Assim leciona Juarez Cirino Dos Santos:

O princípio da *personalidade da pena* – garantia individual contra a extensão do poder punitivo do Estado a pessoas diversas do *autor* ou do *partícipe* do fato punível (art. 5º, XLV, CR) ou, inversamente, garantia política de exercício do poder punitivo do Estado exclusivamente sobre *autores* e *partícipes* de fatos puníveis -, pressupõe seres humanos de *carne* e *osso* e se realiza no processo penal através dos conceitos de *autoria* e de *participação*, estruturados com base no comportamento de *pessoas naturais*, ou seja, de indivíduos portadores dos caracteres psicossomáticos do homem. [...] (SANTOS, 2012, p. 687).

Desta maneira, para o citado autor, em decorrência da ausência de qualidades humanas, não seria possível responsabilizar penalmente a pessoa jurídica.

Quanto à finalidade da pena, de igual modo, isto é, em razão da inexistência de atributos humanos, as funções retributivas e preventivas não teriam qualquer sentido e efeito com relação às pessoas jurídicas.

Isto porque, a reprovação da culpabilidade é impossível em decorrência da incapacidade de sofrimento ou arrependimento da pessoa jurídica. A prevenção geral negativa fica esvaziada, porquanto aquela não é passível de intimidação. A prevenção especial negativa e positiva são inócuas ante a impossibilidade de afastá-la do convívio social mediante o encarceramento, assim como sua ressocialização é impraticável (SANTOS, 2012, p. 688).

Portanto, conforme ensinam os autores que defendem a inviabilidade da responsabilidade penal do ente moral, a falta de humanidade pode ser considerada o principal argumento para demonstrar a incompatibilidade desta responsabilização frente ao ordenamento jurídico pátrio.

EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES A RESPEITO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9.605/98, conforme exposto nos capítulos anteriores, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que o ordenamento jurídico pátrio admite a reponsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A respeito do tema, inicialmente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (2006) adotava a chamada teoria da dupla imputação, confira-se o seguinte ementário:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DENÚNCIA. INÉPCIA. SISTEMA OU TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. NULIDADE DA CITAÇÃO. PLEITO PREJUDICADO. I - Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). II - No caso em tela, o delito foi imputado tão-somente à pessoa jurídica, não descrevendo a denúncia a participação de pessoa física que teria atuado em seu nome ou proveito, inviabilizando, assim, a instauração da persecutio criminis in iudicio (Precedentes). III - Com o trancamento

da ação penal, em razão da inépcia da denúncia, resta prejudicado o pedido referente à nulidade da citação. Recurso provido. (RMS 20601/SP. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. 2005/0143968-7. Min. Rel. Felix Fischer. Quinta Turma. J. 29/06/06. DJe 14/08/06.

Assim, segundo este entendimento, para se responsabilizar a pessoa jurídica é imprescindível que o delito seja praticado simultaneamente por pessoa física e jurídica, pois somente a primeira seria dotada de elemento subjetivo.

Ocorre que, quando à questão chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal (2013), prevaleceu a tese de que a pessoa jurídica poderia praticar infrações penais e ser responsável de forma autônoma. Veja-se:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (RE 548181/PR. Recurso Extraordinário. Relator. Min. Rosa Weber. Julgamento: 06/08/13. Primeira turma. Diário Eletrônico 30/10/14).

Partindo da premissa que o ordenamento jurídico admitiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento doutrinário de que o ente moral pode ser responsabilizado independentemente da atuação de pessoa física, uma vez que ela detém capacidade de praticar infrações penais e a legislação não condiciona a intervenção de pessoa física para a sua punição.

Destaque-se, por oportuno que, após a Suprema Corte pacificar o referido entendimento, o Superior Tribunal de Justiça alterou a sua jurisprudência e alinhou-se a mesma posição, consoante se extrai do teor do acórdão proferido no RMS 39.173-BA (STJ, 2015). In verbis:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. 1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese

responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação." (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014). 2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 39173/BA. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2012/0203137-9. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento 08/08/2015. Quinta turma. Diário eletrônico 13/08/2015).

Por conseguinte, nota-se que a jurisprudência pátria não é recalcitrante no que tange a viabilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, inclusive, os tribunais adotaram o mesmo entendimento a respeito do assunto. Diante disso, verifica-se que as discussões permanecem em apenas em sede doutrinária e distante de pacificação, considerando o ordenamento jurídico vigente.

CONCLUSÃO

Atualmente é de conhecimento global que a proteção ao meio ambiente é imprescindível para o equilíbrio e a existência das todas as formas de vida que habitam o planeta terra.

A par desta noção, o constituinte brasileiro optou por alçar o meio ambiente como direito fundamental na Carta Magna de 1988, estabelecendo, ainda, que eventuais lesões ao meio ambiente seriam punidas nas esferas civil, penal e administrativa.

Na mesma toada, o legislador infraconstitucional editou a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), estabelecendo os tipos penais e respectivas sanções. Ademais, apontou que a pessoa jurídica poderia ser responsabilizada pela prática de infrações penais, quando existente decisão de seu órgão deliberativo em seu benefício ou interesse.

Com a criação destes dispositivos, a doutrina e jurisprudência pátria travaram longa discussão a respeito da possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica. Sendo certo que, atualmente, prevalece na jurisprudência o entendimento de que o ente moral pode ser responsabilizado criminalmente pela prática de crimes ambientais, independentemente da intervenção ou participação de pessoa física, sendo suficiente que o ato decorra de seu órgão deliberativo.

Em que pese o entendimento adotado pela jurisprudência e parte da doutrina, a solução correta e compatível com a atual teoria do crime é o da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, porquanto, o Código Penal vigente adotou a teoria finalista, em que a conduta típica somente pode ser praticada por um ser humano, visto que apenas ele detém o elemento psíquico.

Assim, a previsão constitucional estampada no artigo 225, §3º da Constitucional deve ser interpretada de forma sistemática, levando-se em conta toda a construção do ordenamento jurídico, de maneira que a pessoa jurídica deve ser responsabilizada de acordo com a sua natureza, isto é, apenas no âmbito Civil e Administrativo.

Portanto, para que a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja compatível com a teoria do crime, seria necessária a criação ou adoção de outro modelo distinto do atual, de modo que seja construída uma teoria que permita a criminalização de suas condutas ilícitas praticadas contra o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 20ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012.

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

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Penal Ambiental Brasileira. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. DF. 12 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9605.htm. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. 2005/0143968-7. Min. Rel. Felix Fischer. Quinta Turma. Julgado em 29/06/06. Diário de Justiça 14/08/06. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702596066&dt_publicacao=12/05/2008. Acesso em: 06 ago. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 39.173-BA. Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 06/08/15. Diário de Justiça 13/08/15. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202031379&dt_publicacao=13/08/2015. Acesso em: 06 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 548181/PR. Min. Rel. Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 06/08/13. Diário de Justiça 30/10/14. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>. Acesso em: 06 ago. 2020. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal 1 - parte geral. 20ª. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616985/>. Acesso em: 03 ago. 2020.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito penal na constituição. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DELMANTO, Roberto; DELAMNTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Leis penais especiais comentadas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602209/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ESTEFAM, A. *Direito penal v 1 - parte geral (arts. 1ª a 120)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616824/>. Acesso em: 04 ago. 2020.

GODOY, Claudio Luiz Bueno *et al.* Código civil comentado. Barueri, São Paulo: Manole, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus: 2015.

JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. *Direito Penal 1 - parte geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619849/>. Acesso em: 04 ago. 2020.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

- NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Vol. 2*, 12ª edição. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986186/>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547230203/>. Acesso em: 04 Ago. 2020.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral e Parte Especial. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990114/>. Acesso em: 03 Ago. 2020.
- PRADO, Luiz Regis. Direito penal ambiental (problemas fundamentais). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- PRADO, Luiz Regis. Direito penal do ambiente. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986919/>. Acesso em: 03 Ago. 2020.
- PRADO, Luiz Regis (coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SANCTIS, Fausto Martins de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal – parte geral. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 1ª ed. 2. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal - Vol. Único*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023749/>. Acesso em: 04 ago. 2020.
- TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 5ª ed. rev. e atual: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DA APLICAÇÃO DA DESJUDICIALIZAÇÃO EM RELAÇÃO AO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO NAS SITUAÇÕES DE MULTIPARENTALIDADE

Nayara Maria Silvério Da Costa Dallefi Oliveira, Ana Carolina Freitas Moscatelli

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: nay_adv@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo trazer à tona conceitos e discussões a respeito da aplicação da desjudicialização em relação ao reconhecimento da filiação em situações de multiparentalidade. Discorrerá sobre o conteúdo trazido pelo Provimento nº 63/2017 do CNJ e sobre a possibilidade de sua aplicação também em famílias multiparentais. O apontamento dessa possibilidade é de suma relevância, considerando o notável e incessante desenvolvimento sociológico do conceito de família, cumulado à observância de princípios de extrema distinção no ordenamento jurídico brasileiro, como a celeridade, a economia processual e o melhor interesse do menor. Ademais, ligar-se-á os apontamentos, ao cenário pandêmico enfrentado na atualidade, ressaltando ainda mais a imprescritibilidade da aplicação de meios mais céleres e menos burocráticos para se alcançar a tutela jurídica desejada, especialmente em situações vinculadas ao direito das famílias multiparentais.

Palavras-chaves: desjudicialização, filiação, multiparentalidade.

ABOUT THE DEJUDICIALIZATION OF THE ACCEPTANCE OF AFFILIATION IN SITUATIONS OF MULTI-PARENTING

ABSTRACT

This work aims to bring up concepts and discussions regarding the applicability of dejudicialization of the acceptance of affiliation in situations of multi-parenting. It will discuss the content brought by Provision No. 63/2017 of the CNJ and the possibility of its application also in multiparental families. This possibility is extremely relevant considering the remarkable and incessant sociological development of the concept of family, combined with the observance of extremely relevant principles in the Brazilian legal system, such as “procedural speed”, “procedural economy” and “the best interest of the child”. In addition, the notes will be linked to the pandemic scenario we have faced today, further emphasizing the imprescriptibility of creating faster and less bureaucratic means to achieve the desired legal protection, especially in situations linked to the law of multiparent families.

Keywords: dejudicialization, affiliation, multi-parenting.

INTRODUÇÃO

Família é uma entidade importantíssima e completamente indispensável para a sociedade como um todo. Por meio dela, um indivíduo é introduzido a costumes e ensinamentos que o permitirão e o possibilitarão participar do meio social ao qual será submetido, de forma a torna-lo apto para a formação de uma instituição familiar completamente nova e independente.

Durante toda a história humana, a família demonstrou notável e complexa transformação. Ela partiu de uma unidade considerada meramente econômica e autoritária vinculada ao Direito Germânico, até se transformar em uma união baseada em sentimentos afetivos, amor, compaixão e solidariedade, conforme se depreende do Direito Contemporâneo.

É fatídico que essa completa transformação tem como fundamento a alta mutabilidade à qual a entidade familiar é submetida constantemente. Isto se justifica pelas diversas possibilidades de interação afetiva entre pessoas, o que culmina na formação de múltiplas formas de famílias.

Esta valiosa entidade precisa ser contemplada e reconhecida pela legislação de um país em todas as suas formas, a fim de que os inevitáveis conflitos provindos dessa interação possam ser solucionados pela justiça, baseando-se sempre em entendimentos legais.

Contudo, a complexidade dessas diversas relações familiares é tão grande que nem sempre a legislação de um país consegue prover o acompanhamento legal devido, acarretando a necessidade da adoção de interpretações extensivas às leis existentes, assim como aplicação de conceitos principiológicos e jurisprudenciais.

No Brasil, isso ocorre, por exemplo, em famílias multiparentais, as quais, apesar de possuírem aceitação e reconhecimento jurídico e de serem conceituadas e discutidas pela doutrina, ainda não possuem embasamento legal específico para sua delimitação.

Esta situação tem dificultado sua tutela em casos concretos, impedindo a desjudicialização de seu reconhecimento e registro, mesmo para casos com baixa complexidade, o que demonstra completa inobservância ao princípio da celeridade processual tão defendida pelo ordenamento jurídico atual.

Desta feita, este projeto científico tem como objetivo esclarecer a conceituação do termo “multiparentalidade”, pautando sua aplicação no cenário social, além de apontar a viabilidade de seu reconhecimento e registro pelas vias extrajudiciais.

MÉTODO

O método escolhido para o desenvolvimento deste trabalho foi o indutivo, o qual visa utilizar-se de análises singulares para chegar a uma conclusão plural. É caracterizado por basear-se em premissas verdadeiras com a finalidade de criar informações novas, ainda inexploradas, podendo ser verdadeiras ou não.

O trabalho buscará conclusões racionais e possíveis, que suscitarão o interesse e a curiosidade dos leitores. Para isso, serão observadas as etapas utilizadas no método indutivo, definidas por Francis Bacon (1561-1626), quais sejam: 1) Coleta de informações; 2) Sistematização dos dados; 3) Formulação de hipóteses; 4) Experimentação.

Este método é adequado para o tema escolhido – filiação multiparental – por conta da inexistência de legislação específica sobre o ele no cenário nacional. Por conta disso, as discussões e conclusões decorrentes deste projeto serão fruto do estudo e observação de legislações pretéritas e compatíveis, assim como conceituações doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais.

A partir disso, haverá a formulação de hipóteses que definirão uma possibilidade tangível e possível de ser aplicada na sociedade brasileira, observando a realidade atual do país, frente às dificuldades geradas pelas crises trazidas pelo período pandêmico no já congestionado sistema judiciário do Brasil.

A etapa da experimentação, contudo, apenas será possível com a observância Estadual da necessidade da regulamentação legal do instituto jurídico da multiparentalidade, e sua consequente desjudicialização.

RESULTADO E DISCUSSÃO

Antes de discutir sobre a possibilidade e viabilidade da desjudicialização do reconhecimento da filiação multiparental proposta neste trabalho, necessário se faz conceituar os institutos jurídicos, pormenorizando seus significados e aplicações. Começamos, portanto, com a descrição do significado de desjudicialização e de sua importância e utilidade.

O termo desjudicialização, conforme explica Doutor Diógenes V. Hassan, a princípio, significa a possibilidade de solução de conflitos de interesse sem a prestação jurisdicional. Ou seja, é a capacidade de proporcionar a solução de um problema social sem a necessidade da jurisdição. É o caso, por exemplo, da arbitragem²⁵.

Contudo, continua Dr. Diógenes, nem sempre a jurisdição é utilizada apenas para solucionar conflitos. Ela pode ser necessária para proporcionar uma decisão, que por conta de sua natureza, o Estado

²⁵ RIBEIRO. Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. Publicado em Revista de Informação Legislativa Ano 50 Número 199 jul./set. 2013, p. 30;

prevê a necessidade da prestação jurisdicional, como por exemplo, o registro de nascimento tardio, o casamento e o divórcio consensual, que podem ser feitos diretamente em cartório¹.

Nesses casos, a desjudicialização tem grande valia social, uma vez que ela se torna meio de agilizar e desburocratizar situações de soluções mais simples, as quais, deveriam, *primia face*, ser decididas por meio de um processo civil.

Desta feita, compreende-se que sua utilização adequada tem o condão de facilitar o acesso à justiça, possibilitar a busca pela pretensão estimada, aumentar celeridade processual e acarretar o descongestionamento do sistema judiciário, conforme depreende-se das palavras de Dr. Diógenes sobre a principal causa da desjudicialização:

A desjudicialização, tem como causa, especialmente, a insuficiência do Judiciário, em descompasso com a velocidade das transformações sociais. Estas, a par de contribuírem para a judicialização, também servem à desjudicialização²⁶.

Tendo-se reconhecida a importância da desjudicialização, questiona-se: é possível aplica-la também ao instituto da filiação e parentalidade? Vejamos:

O termo “filiação” pode ser definido como a ligação de uma pessoa com outra, de idade superior, por conta de um vínculo de paternidade. Esse vínculo, por sua vez, pode ser biológico ou/e socioafetivo.

A parentalidade biológica define a relação de parentesco provinda de laços consanguíneos advindos da procriação. É a regra na sociedade, tratando-se da constituição da expressiva maioria das famílias ao redor do mundo²⁷.

Já a parentalidade socioafetiva se trata daquela relação de parentesco que não depende de vínculo sanguíneo, mas do afeto que o genitor tem por seu filho, sem a necessidade de compartilhamento de genes.

O ordenamento jurídico brasileiro determina que a parentalidade socioafetiva deve prevalecer sobre a biológica. Compreende-se, a partir disso, que quando há discordância entre um pai biológico, mas completamente ausente da vida de sua prole, e um pai meramente socioafetivo que se queda responsável pelo filho, tanto emocionalmente quanto financeiramente, este último prevalecerá com o direito à paternidade²⁸.

O instituto da desjudicialização é muito bem observado no reconhecimento da filiação simples, vez que o registro de nascimento pode ser feito diretamente em cartório, ainda que os pais responsáveis pelo registro não sejam biológicos, mas apenas socioafetivos.

Todavia, uma parentalidade não elimina a outra, necessariamente. É completamente possível que haja concomitância entre elas. Vejamos o seguinte exemplo prático e fictício:

“Regina e Caio conviveram em união estável durante dois anos. Deste relacionamento, nasceu Pedro, atualmente com 8 anos de idade. O menor ficou sob a guarda da genitora, porém nunca deixou de ter contato com o pai, o qual é sempre presente, suprindo todas as obrigações alimentares e afetivas do menor.

Ocorre que, um ano após a separação, Regina casou-se com Bruno, convivendo com este em conjunto com seu filho a partir de então. Bruno afeiçãoou-se ao menor Pedro e passou a o considerar como seu próprio filho, também o auxiliando financeiramente”.

O exemplo acima traz a descrição de um evento muito comum entre as famílias brasileiras, onde se é possível enxergar a concomitância de uma mãe e um pai biológicos e socioafetivos e um pai meramente socioafetivo. A doutrina define esta situação com a utilização do termo “multiparentalidade”, ponto principal deste projeto, sobre o qual passaremos a discutir.

O instituto da multiparentalidade, reflete, basicamente, o que a justaposição das palavras propõe: “multi” – utilizado no português como elemento prefixo, com a origem advinda do latim *multos*, que

²⁶ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. Publicado em Revista de Informação Legislativa Ano 50 Número 199 jul./set. 2013, p. 32;

²⁷ KUMPEL, Vitor Frederico; PONGELUPPI, Ana Laura; BORGARELLI, Bruno de Ávila. Paternidade biológica versus socioafetiva: alguns apontamentos. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/253265/paternidade-biologica-versus-socioafetiva-alguns-apontamentos#>>.

²⁸ MIGALHAS, Redação do. Paternidade socioafetiva se sobrepõe a paternidade registral e impede mudança de registro. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/288764/paternidade-socioafetiva-se-sobrepoe-a-paternidade-registral-e-impede-mudanca-de-registro>.

significa “numeroso, muitos” – “parentalidade” – termo recente no dicionário português, podendo ser definido como um adverbio de modo, provindo da palavra “parental”, derivado do termo inglês *parents*, que significa pais²⁹.

Por meio deste, quebrou-se o paradigma da filiação dupla, possibilitando à criança, ter registrado em sua certidão de nascimento, simultaneamente, mais de uma mãe e um pai. Exemplos: dois pais (um biológico e um socioafetivo) e uma mãe, ou ainda, duas mães e um pai, outrossim, duas mães e dois pais. As possibilidades são diversas.

Ocorre, principalmente, em famílias reconstituídas, nas quais, tanto os pais biológicos, quanto os pais socioafetivos, exercem autoridade parental sobre a vida do menor, gerando entre todos, cumulação afetiva dos papéis de pais e mães, não de forma excludente, mas de forma simultânea, inclusiva e complementar.

O surgimento do instituto da multiparentalidade proporcionou o cumprimento ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, previsto nos artigos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como objetivo nortear toda política voltada à infância e à adolescência, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.³⁰

Ademais, trouxe uma completa evolução no modo de enxergar uma sociedade familiar, pois abriu, de maneira incrível, os horizontes dessa entidade, cuja forma, há muito, havia sido solidificada e estagnada.

No Brasil, a ideia da possibilidade da pluralidade parental e sua conceituação, foi desenvolvida, *primia face*, pela doutrina. Dentre os doutrinadores que melhor expressaram e desenvolveram sua

²⁹ MIGALHAS, Redação do. Multiparentalidade: Da origem aos laços de afeto. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/301980/multiparentalidade-da-origem-biologica-aos-lacos-de-afeto#:~:text=Conceito%20que%20avan%C3%A7a%20no%20ordenamento,constarem%20na%20certid%C3%A3o%20de%20nascimento.>

³⁰ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm;

conceituação, destaca-se Christiano Cassettari, com seu livro “Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos”, onde traz as seguintes considerações ao tema:

(...) acreditamos que a máxima “a parentalidade afetiva prevalece sobre a biológica”, consagrada pela jurisprudência em casos de negatória de paternidade, deve ter aplicação ponderada, pois acreditamos que ambas as espécies podem coexistir, formando, assim, a multiparentalidade³¹.

Em seu livro, o autor demonstra que a fundamentação da multiparentalidade advém da variação na aplicação da preponderância da parentalidade afetiva sobre a biológica, vez que, segundo ele, ambas espécies podem coexistir, quando uma não se sobrepuser a outra.

Nesta mesma linha, segue Maria Berenice Dias, fundadora e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, que, em 2015, fundamentou o tema da seguinte forma:

Diante do atual conceito de parentalidade socioafetiva, imperioso admitir a possibilidade de coexistência da filiação biológica e da filiação construída pelo afeto. E não há outro modo de melhor contemplar a realidade da vida do que abrir caminho para o reconhecimento da multiparentalidade. Afinal, não há como negar que alguém possa ter mais de dois pais³².

A autora demonstrou em seu artigo, que com a evolução nas entidades familiares, o afeto passou a ser o principal elemento na definição dos vínculos parentais, vez que o ser humano é maior do que a biologia pode definir, pois se constrói a partir de sentimentos e emoções, os quais definem a relação de parentalidade dentro de uma família.

O reconhecimento deste instituto faz com que surja a necessidade do Registro, em certidão de nascimento e afins, da pluriparentalidade. Tem-se então, a seguinte dúvida: poderá este registro ocorrer por meio das vias extrajudiciais?

A Corregedoria Nacional de Justiça, em 2017, editou o Provimento nº 63, que dispôs, dentre outros assuntos, da possibilidade da desjudicialização do registro da parentalidade socioafetiva. Vejamos o artigo 10 do provimento:

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais³³.

O provimento deixa cristalina a possibilidade da desjudicialização do Registro da parentalidade socioafetiva, contudo, torna controversa sua aplicação para a multiparentalidade. Esta dúvida está acerca da interpretação do artigo 14:

Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.

O artigo gerou duas correntes extremamente distintas: a primeira entendia que a norma não reconhecia a multiparentalidade pela via extrajudicial, diante do uso do termo “unilateral”. Já a segunda concluía de forma contrária, pela total possibilidade do registro multiparental diretamente em cartórios.

Esta controvérsia até hoje não foi esclarecida, tendo em vista que em 06 de dezembro de 2017, a ARPEN (Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais) lançou uma nota de esclarecimento acerca do provimento nº 63/2017, que entendia pela aceitação do registro extrajudicial da multiparentalidade:

³¹ CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos, 3. ed. rev., atual., e ampl., São Paulo: Atlas, 2017. p. 181;

³² DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir. P. 2. Disponível em: [http://mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf](http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf).

³³ CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA. Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>

O referido provimento autorizou a realização diretamente no cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de todo o Brasil, do reconhecimento de paternidade e maternidade socioafetiva, bem como o estabelecimento da multiparentalidade, ou seja, a possibilidade de se ter mais de dois genitores no assento de nascimento³⁴.

Por outro lado, em 02 de agosto de 2018, o Ministro João Otávio de Noronha decidiu da seguinte maneira, a respeito de um pedido de providências instaurado pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Ceará acerca da interpretação do artigo 14:

O termo unilateral presente no art. 14 do Provimento 63/2017- CNJ limita o oficial de registro civil das pessoas naturais a anotar apenas pai ou mãe socioafetivos, não possibilitando o registro de ambos ao mesmo tempo³⁵.

Desta feita, compreende-se que não há, até hoje, entendimento fixado sobre a possibilidade da desjudicialização do Registro da multiparentalidade, prevalecendo-se na jurisprudência a inaplicabilidade, mesmo em casos simplistas, em que todos os pais estão de comum acordo sobre o compartilhamento da filiação e das obrigações acerca da criança.

O entendimento contrário à possibilidade do registro extrajudicial da multiparentalidade demonstra completa inobservância dos princípios da celeridade, da economia processual e do melhor interesse do menor, tendo em vista que não permitem a união documental das famílias multiparentais, por questões de mero preconceito.

Este fato apresentou ainda mais impacto com aplicações das intervenções governamentais sobre a pandemia que tem assolado o cenário mundial atualmente.

A pandemia gerou a necessidade do isolamento social em prol da diminuição do contágio viral, o que determinou a pausa indeterminada de audiências presenciais em todo o Brasil.

Enquanto alguns locais se adaptaram à utilização dos meios digitais para o prosseguimento dos processos, outros locais simplesmente impossibilitaram qualquer tipo de audiências, gerando um gigantesco atraso processual.

Essa mora do judiciário, decorrente da situação pandêmica, não afetou os processos que puderam ser solucionados pela via extrajudicial, enquanto aqueles casos que dependem do Poder Judiciário foram incontestavelmente prejudicados.

Por conta disso, o entendimento que possibilita a desjudicialização do registro da multiparentalidade deve prevalecer, vez que facilita a união dessas famílias, de forma a não as deixar à mercê da morosidade do sistema judiciário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de todo o exposto, conclui-se:

O instituto da multiparentalidade é tema ainda pouco trabalhado e compreendido pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. Todavia, famílias multiparentais são muito comuns e precisam ser protegidas pela justiça, de forma a facilitar seu reconhecimento e registro.

A possibilidade da desjudicialização do registro de filiações multiparentais é um tema polêmico, que não tem encontrado apoio na jurisprudência majoritária da atualidade, porém deve ser considerado, em casos menos complexos, em que houver concordância de todos os pais envolvidos, visto que promove a aplicação dos princípios da celeridade, da economia processual e do melhor interesse do menor.

Esta necessidade se intensificou com o afastamento social gerado pela pandemia de Covid-19, pois dificultou o prosseguimento de milhões de processos por conta da impossibilidade da execução de audiências presenciais, deixando a justiça brasileira ainda mais morosa.

³⁴ ARPEN. Nota de esclarecimento acerca do Provimento CNJ nº 63/2017. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/2%20NOTA%20DE%20ESCLARECIMENTO%20PROVIMENTO%20CNJ%20N%20c%20ba%2063%20\(1\).pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/2%20NOTA%20DE%20ESCLARECIMENTO%20PROVIMENTO%20CNJ%20N%20c%20ba%2063%20(1).pdf);

³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pedido de Providências nº 000325-80.2019.2.00.0000. Requerente: Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Ceará-CE.

Por conta disso, a necessidade da desjudicialização do reconhecimento e do registro da filiação multiparental é um fato incontestável, para que essas famílias não sejam ainda mais prejudicadas pela delonga da justiça.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradecemos a Deus pelo fôlego de vida e pela saúde que Ele tem nos proporcionado, mesmo durante esse período tão complicado de crise pandêmica que o mundo inteiro tem enfrentado. Ele, com sua infinita benignidade tem nos guardado, abençoado, fortificado e capacitado cotidianamente, portanto, que toda a honra e glória sejam direcionadas somente a Ele.

Muito obrigada à Unoeste, por ser uma universidade maravilhosa, completamente competente e apta a nos proporcionar um evento nacional de tamanha importância acadêmica. Somos gratas por podermos participar e aprender juntamente com os demais professores e alunos participantes.

Um obrigada muito especial aos nossos familiares, que são a principal razão do nosso amor pelo Direito de Família, objeto de discussão no presente trabalho. Este direito, por possuir tamanha importância e caráter personalíssimo, deve dispor de parágrafos separados para suprir os agradecimentos particulares de cada participante.

A professora agradece a oportunidade de participar deste trabalho com a aluna, que de maneira dedicada declinou com muito afincão para a realização do artigo.

A aluna agradece ao seu pai, André, pelos conselhos e ensinamentos formidáveis; à sua mãe, Eliana, pela confiança inabalável no potencial de sua filha; ao seu irmão caçula, André (sim, são dois Andrés), simplesmente por existir e tornar os dias mais alegres; e ao seu noivo, Luan, por ser o primeiro a ouvir e julgar o trabalho na íntegra, por pura e espontânea pressão.

Professora e aluna ainda agradecem uma a outra, pela cooperação e trabalho em conjunto para a execução deste projeto. Desejamos que este trabalho possa contribuir com o conhecimento de todos.

Por fim, agradecemos ao leitor, que se interessou pelo tema discutido e pôde aprender um pouco mais conosco. Desejamos a você todas as bênçãos de Deus e muito sucesso em sua vida profissional, acadêmica e, é claro, familiar.

REFERÊNCIAS

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. Publicado em Revista de Informação Legislativa Ano 50 Número 199 jul./set. 2013, p. 30;

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. Publicado em Revista de Informação Legislativa Ano 50 Número 199 jul./set. 2013, p. 32;

KUMPEL, Vitor Frederico; PONGELUPPI, Ana Laura; BORGARELLI, Bruno de Ávila. Paternidade biológica versus socioafetiva: alguns apontamentos. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/253265/paternidade-biologica-versus-socioafetiva-alguns-apontamentos#>;

MIGALHAS, Redação do. Paternidade socioafetiva se sobrepõe a paternidade registral e impede mudança de registro. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/288764/paternidade-socioafetiva-se-sobrepoe-a-paternidade-registral-e-impede-mudanca-de-registro>;

MIGALHAS, Redação do. Multiparentalidade: Da origem aos laços de afeto. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/301980/multiparentalidade-da-origem-biologica-aos-lacos-deafeto#:~:text=Conceito%20que%20avan%C3%A7a%20no%20ordenamento,constarem%20na%20certid%C3%A3o%20de%20nascimento>;

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm;

CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos, 3. ed. rev., atual., e ampl., São Paulo: Atlas, 2017. p. 181;

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir. P. 2. Disponível em: [http://mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf](http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf);

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA. Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>;

ARPEN. Nota de esclarecimento acerca do Provimento CNJ nº 63/2017. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/2%20NOTA%20DE%20ESCLARECIMENTO%20PROVIMENTO%20CNJ%20N%c2%ba%2063%20\(1\).pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/2%20NOTA%20DE%20ESCLARECIMENTO%20PROVIMENTO%20CNJ%20N%c2%ba%2063%20(1).pdf);

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pedido de Providências nº 000325-80.2019.2.00.0000. Requerente: Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Ceará-CE.

ASSIS, Bianca. Socioafetividade e Multiparentalidade: uma Análise Crítica do Provimento Nº 63/2017 do CNJ. Disponível em: <http://www.abiackeladvogados.com.br/publicacoes/>;

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. O CNJ proibiu a multiparentalidade em Cartório de Registro Civil. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/>.

DA FLEXIBILIZAÇÃO DO CRITÉRIO OBJETIVO DE RENDA PER CAPTA DOS BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS DE PRESTAÇÃO CONTINUADA FRENTE AO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PÁTRIO

Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi Oliveira¹, Mozer Silveira²

¹Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. ²Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Marília, SP. E-mail: nay_adv@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho visa apontar sobre o critério objetivo presente na redação da Lei nº 8.742/93 - Lei Orgânica da Assistência Social - no que diz respeito à renda *per capita*, para concessão do benefício assistencial tanto a pessoa idosa quanto a pessoa com deficiência. Isto porque, a utilização da letra da lei de forma objetiva através do Instituto Nacional do Seguro Social, acabou por sempre desaguar inúmeras demandas no Poder Judiciário, vindo este ter um posicionamento diverso. Conforme será demonstrado, é preciso a análise específica do caso concreto para aferição da vulnerabilidade do beneficiário a fim de obter esta proteção social prevista na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Assistência Social. Desta feita, a partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a partir do método dedutivo, pretende mostrar a possibilidade de flexibilização deste critério para a concessão do benefício de prestação continuada.

Palavras-chaves: benefício de prestação continuada. Renda *per capita*. Pessoa Idosa. Pessoa com deficiência. Assistência Social.

FLEXIBILIZATION OF THE OBJECTIVE CRITERION OF INCOME PER CAPITA OF THE ASSISTANCE BENEFITS OF CONTINUED PROVISION IN FRONT OF THE JURISPRUDENTIAL UNDERSTANDING PATRIOTS

ABSTRACT

The present work seeks to commit to the objective criteria present in the drafting of Law No. 8,742 / 93 - Organic Law of Social Assistance - which says that it respects income per capita, for the granting of assistential benefits both to people and to people with deficiencies. This is because, by using the letter of the law objectively through the National Social Security Institute, it always ended up draining numerous lawsuits from the Judiciary, seeing this different position. As will be demonstrated, it is necessary to analyze the specific case for the vulnerability of the beneficiary in order to obtain this social protection provided for in the Federal Constitution and in the Organic Law of Social Assistance. This feita, based on a bibliographic and jurisprudential research, based on the inductive method, aims to show the possibility of flexibility of this criterion for the granting of the benefit of continued provision.

Keywords: benefit of continued performance. Per capita yield. Pessoa Idosa. Weight with deficiency. Social Assistance.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de tratar sobre a flexibilização do critério objetivo de renda per capita nos benefícios assistenciais regrados pela Lei Orgânica da Assistência Social, no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social, com a finalidade de propiciar o mínimo necessário de subsistência ao segurado, propagando a igualdade e inclusão social de forma que os tornem capazes de superar ou de sair de uma situação de vulnerabilidade, principalmente no cenário de pandemia mundial decorrente da COVID-19.

A dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho elencados logo no art. 1º, incisos III e IV da Constituição Federal, constituem um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Na luz

deste Estado, regido por normas democráticas, garante-se proteção aos cidadãos por meio do reconhecimento de direitos e execução de políticas sociais.

Daí a importância da flexibilização do critério objetivo de renda como forma de execução de políticas sociais, principalmente para se averiguar a situação de vulnerabilidade social do cidadão de forma que receba a efetiva proteção elencada na Carta Magna ainda mais em um cenário mundial pandêmico cujas necessidades se intensificam merecendo, assim, a guarida do sistema da Seguridade Social, principalmente na vertente voltada a previdência social, no que diz respeito à concessão dos benefícios assistenciais.

Para tanto, necessário foi abordar sobre o critério de averiguação da miserabilidade no contexto administrativo e judicial, para então chegar ao tema proposto, valendo-se do método dedutivo, a partir de uma pesquisa histórico-bibliográfica, como forma de propiciar maior efetividade na concessão dos benefícios assistenciais.

MÉTODOS

O método utilizado na presente pesquisa foi o dedutivo, partindo da premissa geral sobre a Assistência Social no Brasil e a sua previsão em âmbito constitucional a partir da Carta Magna de 1988, assim como toda a construção legislativa e jurisprudencial sobre o tema, para uma possível flexibilização da renda *per capita*, estabelecida pela Lei nº 8.742/93, para concluir que esta é a melhor adoção a ser adotada pelo legislador, como forma de segurança jurídica.

Sabe-se que a ciência é preciso para a vida humana como forma de compreensão das coisas e os seus fenômenos. Neste caso a utilização do método dedutivo faz-se necessária diante a utilização do raciocínio pautado no silogismo, onde duas premissas apresentadas vão levar a uma conclusão³⁶.

Sendo assim, as premissas apresentadas no presente trabalho ficam adstritas em: primeiro, qual o melhor critério de pobreza adotado pelo legislador e, em segundo, qual o critério adotado de pobreza e vulnerabilidade social pela jurisprudência, para chegar a conclusão se o atual critério estabelecido de renda per capita para fins de concessão de benefício assistencial traz segurança jurídica em tempos de pandemia.

Nesse sentido, após essas considerações seguirá o presente trabalho que o entendimento jurisprudencial percorrido pelo Supremo Tribunal Federal, sendo este o que mais proporciona segurança jurídica para a parte beneficiária em situação de vulnerabilidade social e que venha a precisar da proteção garantida em âmbito constitucional e infra legal, para receber o valor de 1 salário mínimo, quando preenchido os critérios de miserabilidade, sendo esta pessoa idosa ou pessoa com deficiência.

Assim, partindo das premissas gerais, vem demonstrar que no caso particular, deve ser observada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no caso específico, daí a utilização do método dedutivo, observado a partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para chegar nos resultados da presente pesquisa, foi necessário fazer uma análise sobre a dignidade da pessoa humana, a Assistência Social no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988 e a análise da problemática para a erradicação da pobreza.

O ser humano não tem preço, não pode ser negociado ou trocado por outra coisa. Segundo a Fundamentação da Metafísica dos Costumes, dignidade para Immanuel Kant é um valor que o homem tem em si mesmo, não podendo ser usado como meio, mas um fim.

"No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade"³⁷.

O valor que o homem possui em si mesmo, como uma qualidade intrínseca, deve ser respeitado por todos de forma que se ofereça uma vida digna e que o afaste da marginalização, da pobreza e da

³⁶ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia científica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

³⁷ KANT, I. A fundamentação da Metafísica dos Costumes. P. 82

desigualdade social. Neste sentido nos ensina SARLET:

“a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”³⁸.

Para garantir o mínimo de condições para uma vida digna, é preciso entender um pouco sobre a pobreza que afeta o país.

O problema da pobreza no Brasil deve ser considerado um elemento estrutural de nossa economia e da organização social e não um fenômeno acidental. A pobreza surge das desigualdades na distribuição de renda e das oportunidades de inclusão na sociedade e na economia. Estes fatos estão interligados a formação histórica do país.

Segundo a Comissão Mista Especial, criada através do Requerimento nº 037/99 - CN, destinada a estudar as causas estruturais e conjunturais das desigualdades sociais e apresentar soluções legislativas para erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais:

O sistema escravagista moldou de forma particular a nossa organização social e econômica, dando lugar a uma alta concentração da propriedade fundiária e, com ela, a correspondente concentração da renda e do poder político. Por esse mesmo tempo, as nações hoje desenvolvidas assistiam à progressiva democratização do acesso à terra, que acabaria produzindo uma melhor repartição dos benefícios do progresso e uma distribuição mais igualitária do poder político.

Mesmo após a abolição, o sistema escravocrata deixou marcas duradouras em nossa organização social e política, gerando um Estado de bases fortemente oligárquicas, que seguiria sancionando a desigualdade e a dualidade que definem até o presente a nossa sociedade”³⁹.

Por derradeiro, o grande contingente de cidadãos que se encontram excluídos do processo econômico e dos benefícios da ação do Estado exige uma atuação mais efetiva no sentido de minorar os efeitos da desigualdade social.

Para uma atuação efetiva do Estado no sentido de diminuição da desigualdade social e inclinação a uma vida digna, é necessário distinguir os conceitos de linha de indigência e linha de pobreza.

Para o Dr. Roberto Borges Martins, segundo sua exposição na Comissão Mista da pobreza:

Em sequência, o expositor ocupou-se das medidas de pobreza, considerando, em particular, os conceitos de linha de indigência e linha de pobreza. O primeiro, também chamado de linha da fome, representa o valor da renda mensal de que cada pessoa necessita para satisfazer suas necessidades alimentares, com base no custo do mínimo calórico imprescindível para a sobrevivência. Em geral, estabelecem-se linhas de indigência diferenciadas, segundo a diversidade dos hábitos alimentares e a desigualdade dos preços das cestas básicas das regiões brasileiras.

A linha de pobreza demarca o mínimo de renda imprescindível para a alimentação e para todas as outras necessidades pessoais básicas. Uma regra comumente utilizada considera ser o valor da linha de pobreza duas vezes superior ao da linha de indigência. Por isso, as pessoas situadas sob essa última também estão abaixo da primeira, isto é, os indigentes são igualmente pobres, embora o contrário não seja verdadeiro⁴⁰.

Desta forma, a definição de um patamar mínimo de renda per capita para um país de dimensão continental, com diversas peculiaridades regionais, não garante a identificação da vulnerabilidade e da exclusão social encontradas na sociedade brasileira.

A assistência social no Brasil historicamente sofreu com as distorções da política tendo uma intervenção Estatal voltada a interesses que prejudicaram a efetiva proteção social. Neste sentido Berenice

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. P. 60

³⁹ BRASIL. Comissão Mista Permanente nº 37/99 – p. 87.

⁴⁰ BRASIL. Comissão Mista Permanente nº 37/99 – p. 29.

Rojas Couto, em seu artigo “Assistência social: Direito social ou bem-estar?” *apud* Couto, Yazbek e Raichelis (2012, p. 55):

Apoiada por décadas na matriz do favor, do clientelismo, do apadrinhamento e do mando, que configurou um padrão arcaico de relações, enraizado na cultura política brasileira, esta área de intervenção do Estado caracterizou-se historicamente como não política, renegada como secundária e marginal no conjunto das políticas públicas.

A cobertura aos direitos sociais àqueles que realmente deles necessitam se turvaram diante da política de clientelismo sendo necessária uma política social cujo desafio maior é a proteção de uma população mais vulnerável.

Vista como filantropia, a Assistência Social não chega à emancipação dos beneficiários criando uma cultura de adjetivações preconceituosas. Para Berenice Rojas Couto (2015, p.5):

O preconceito em relação à “dependência” que o benefício assistencial cria no cidadão que a ele precisa recorrer vem acompanhado não raro da ideia associada a vagabundagem, displicência e falta de empenho. Retomam-se aqui as antigas formas de julgar os sujeitos que por suas condições não conseguem sobreviver, atomizando-os e descolando do coletivo e da análise das condições da sociedade capitalistas. Não raro é possível ouvir argumentos da opção dos sujeitos pela pobreza, pela falta de condições. Recai sobre eles a culpa pela sua precária situação, da mesma forma que a sua redenção, bastando para isso esforço e dedicação.

Ainda a autora compõe o papel da assistente social lembrando que as necessidades sociais não são formuladas empiricamente demandando uma análise profunda da realidade dos indivíduos mais vulneráveis evitando-se critérios objetivos na aferição da miserabilidade:

Ao assistente social cabe a tarefa de decifrar a realidade, conectando seu projeto ético, político e profissional com as necessidades sociais da população, colocando em xeque os diagnósticos prontos, as receitas homogeneizadas, problematizando o campo do moralismo como problema/solução para as demandas da população.

Não se pode perder de vista que a responsabilidade pela implementação dos serviços e, portanto, pela execução dos programas de combate à pobreza deve caber à administração local, sempre que possível.

Diante essa análise, cumpre observar que não existe um padrão específico no Brasil a ser considerado pessoa pobre, sendo que o conceito de pobreza deve ser analisado por região, diante as desigualdades regionais no cenário atual. Daí a necessidade de uma Assistência Social, efetiva, buscando analisar a realidade e necessidade do caso concreto para a concessão do benefício de prestação continuada, previsto na Lei Orgânica da Assistência Social em seu artigo 20 (Lei nº 8.742/93) e também prevista no art. 203 da Constituição Federal.

Há previsão na Comissão Mista analisada e também na doutrina brasileira o conceito de pobreza absoluta e relativa. Sobre a primeira seria toda a pessoa que está abaixo do estabelecido pelo Banco Mundial, também defendido pela jurisprudência, ou seja, valor abaixo de U\$1,9, ao dia. Sendo que o relativo, seria analisado acima desse valor, por isso, neste documento defendeu-se que o critério de renda *per capita* deveria ser 2/3 do salário mínimo vigente.

Entretanto, isto não modificou o teor da Lei Orgânica da Assistência Social, motivo pelo qual, conforme descrito acima, a jurisprudência tem dado como resultado a flexibilização, analisando caso a caso, de modo que este valor de ¼ do salário mínimo vigente possa ser modulado.

O trabalho como direito social disposto na Constituição é uma forma de autorrealização, de prover uma existência humana digna e permitir que toda a sociedade se beneficie e evolua. Porém, existem situações onde resta impossibilidade do exercício de atividade laborativa e, como consequência, o acesso ao sistema previdenciário necessitando, assim, da cobertura da assistência, como meio de inclusão na busca da dignidade humana.

Assim, a seguridade social tem a função de garantir a proteção social dos indivíduos de forma que o cidadão se sinta seguro e protegido ao longo de toda sua vida. Observe-se:

O Estado contemporâneo possui, entre suas funções, a proteção social dos indivíduos em relação a eventos que lhes possam causar a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de subsistência por conta própria, pela atividade laborativa. Tal proteção, que tem formação embrionária do Estado moderno, encontra-se consolidada nas políticas de Seguridade Social. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, atuando simultaneamente nas áreas da saúde, assistência social e previdência social, de modo que as contribuições sociais passaram a custear as ações do Estado nessas três áreas, e não mais somente no campo da Previdência Social⁴¹.

A proteção da Seguridade Social, principalmente quanto aos benefícios assistenciais, é assegurada pela assistência social cujo objeto é prestar condições aqueles que não conseguem prover o seu próprio sustento.

A constituição Federal, em seu artigo 203, dispõe que a assistência social será prestada a quem dela necessitar disciplinando no seu inciso V como sendo aqueles que não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Por sua vez, a Lei Orgânica da Assistência Social, em seu artigo 20, tratou de regulamentar a Carta Maior e apontar critérios que definem o termo “não possui meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família”.

Ocorre que a vulnerabilidade social não pode ser medida de forma objetiva e aplicada em grande escala. A dignidade humana leva em consideração diversos fatores sociais, físicos, regionais, psicológicos.

E assim entende Bittencourt

“A imensidão do Brasil faz com que a população apresente características completamente distintas, carências distintas, sem falar que o custo de vida e oportunidade de acesso às políticas de saúde (só para citar um único exemplo) são sensivelmente diversos a depender da realidade tratada. Como defender que o requisito legal é correto e justo, quando o valor representativo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo traz consequências completamente diferentes em uma metrópole e em uma cidade interiorana com centenas de habitantes. O critério objetivo é perfeito e implementa justiça social, traduz o princípio da igualdade e traz dignidade a duas Pessoas com Deficiência quando uma reside em São Paulo e a outra na cidade de Jordão, no Acre?⁴².”

Desta forma, a vulnerabilidade social de cada indivíduo deve ser observada de acordo com a sua necessidade e não restrita a um critério de renda. Um indivíduo com deficiência pode ter as suas necessidades básicas supridas, mesmo com a renda familiar dentro do critério de renda estabelecido na LOAS. Outro indivíduo, a depender da deficiência, pode necessitar de mais cuidados como deslocamentos a outras cidades para tratamento, medicamentos diversos, consultas médicas frequentes, alimentação diferenciada, cuidadores.

Assim, a necessidade básica deste indivíduo não se restringe apenas a alimentação, vestuário, moradia. Mesmo que a renda familiar extrapole o requisito legal, é notório o direito ao benefício para a manutenção e implementação de um mínimo de dignidade humana.

Lembrando que, ao se prover o mínimo a existência humana, futuramente esses indivíduos poderão ingressar no mercado de trabalho e conseqüentemente fazer parte do sistema previdenciário pleiteando, assim, uma aposentadoria da Pessoa com deficiência.

Ao julgar o RE 567985/MT, o Supremo Tribunal Federal inclinou-se no sentido de se observar o critério subjetivo e não objetivo da renda, senão vejamos o voto do ministro Marco Aurélio:

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, imbuída de espírito inclusivo e fraternal, fez constar o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Carta da República. É uma especialização dos princípios maiores da solidariedade social e da erradicação da pobreza, versados no artigo 3º, incisos I e III, do Diploma Maior. Concretiza a assistência aos desamparados, estampada no artigo 6º, cabeça, da Carta Federal. Daí

⁴¹ DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZARRI, João Batista. Direito Previdenciário. P. 45

⁴² BITTENCOURT, André Luiz Moro. Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência. p. 352.

ostentar a natureza de direito fundamental. O constituinte assegurou a percepção de um salário mínimo por mês aos portadores de deficiência – hoje designados, em linguagem mais adequada à quadra, portadores de necessidades especiais – e aos idosos, exigindo-lhes a comprovação de não possuírem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela família, conforme dispuser a lei.

[...] Como, então, deve ser interpretada a cláusula constitucional “não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”? O objetivo do constituinte foi único: conferir proteção social àqueles incapazes de garantir a respectiva subsistência. Os preceitos envolvidos, como já asseverado, são os relativos à dignidade humana, à solidariedade social, à erradicação da pobreza e à assistência aos desamparados. Todos esses elementos fornecem razões para uma interpretação adequada do benefício assistencial estampado na Lei Maior.

[...] Em síntese, consigno que, sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados. Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevaletentes os ditames constitucionais.

O referido Recurso Extraordinário notadamente apoiou-se na efetividade da proteção do grupo vulnerável, o que bem foi exposto por Andrea Malhães:

“As Cortes Constitucionais não podem fechar os olhos para vícios de inconstitucionalidade pelo simples fato de o controle recair sobre uma política de ação afirmativa. Em outros termos, nem todo o programa social é constitucional, por mais inclusivo que seja. No entanto, caso haja dúvida razoável sobre a constitucionalidade do referido programa, deve ser considerada, dentre os demais fatores, a relevância da proteção do grupo vulnerável⁴³.”

Não obstante, a interpretação ganhou contornos de mecanismos de inclusão social e justiça social ostentando a dignidade humana e conferindo proteção social aqueles que não conseguem prover sua própria subsistência. Esse é o papel do interprete de direito social, vejamos o que diz Jose Antônio Savaris:

A conduta do interprete do direito social deve ser inspirada nos ideais de erradicação da pobreza, de solidariedade e da redução das desigualdades sociais, determinando o emprego de ações sociais não apenas no resgate daqueles que se encontram à margem do círculo social de geração de riquezas, mas também, em operações preventivas, de modo a impedir que o necessitado – desprovido de meios de subsistência – se desvie para a miséria⁴⁴.

Para que se interprete o direito social de forma a alcançar a vulnerabilidade social do indivíduo é de máxima importância a elaboração do Parecer social pela profissional de Assistente Social nos termos do artigo 409, § 2º da Instrução normativa nº 77/2015 o qual dispõe “A pesquisa social constitui-se recurso técnico fundamental para a realimentação do saber e do fazer profissional, voltado para a busca do conhecimento crítico e interpretativo da realidade, favorecendo a identificação e a melhor caracterização das demandas do INSS e do perfil socioeconômico-cultural dos beneficiários como recursos para a qualificação dos serviços prestados, o que propiciará”.

No âmbito judicial, a vulnerabilidade poderá ser observada por laudo de assistente social, por oficial de justiça ou, ainda, prova testemunhal conforme as súmulas nº 79 e 80 da Turma Nacional de Uniformização:

Súmula 79 TNU: Nas ações em que se postula benefício assistencial, é necessária a

⁴³ MAGALHÃES, Andrea. Jurisprudência da Crise: uma perspectiva pragmática. P. 247

⁴⁴ SAVARIS, José Antonio. Traços Elementares do Sistema Constitucional de Seguridade Social. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antonio (Coords.). Curso de Especialização em Direito Previdenciário. P. 117

comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal.

Súmula 80 TNU: Nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei 12.470/11, para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessária a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente.

Inobstante ao acima exposto, não se pode remeter o fato da não flexibilização pelo Instituto Nacional do Seguro Social, haja vista que este está vinculado à observância dos atos administrativos, sendo que esta flexibilização somente pode ser adstrita ao Poder Judiciário. O princípio da Legalidade dentro da Administração Pública restringe a atuação em aquilo que é permitido por lei, de acordo com os meios e formas que por ela estabelecidos e segundo os interesses públicos, conforme esclarece Hely Lopes Meirelles (2009, p.89):

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

De fato o princípio da Legalidade, ao limitar a atuação da Administração Pública naquilo que é permitido por lei e direito, confere ao Estado um caráter democrático, traduzindo-se numa expressão de direito, revelando-se um elemento de garantia e segurança jurídicas.

Porém, essa limitação pode afetar direitos no âmbito da administração pública como o caso daqueles que estão em situação de vulnerabilidade, porém possuem uma renda maior que o limite legal.

Desta forma, a Administração pública fica restrita a Lei não podendo flexibilizar uma regra. O critério de renda per capita de $\frac{1}{4}$ de salário-mínimo deve ser obedecido, mesmo que a renda extrapole um valor ínfimo. Assim, não resta outra saída ao indivíduo que possui renda maior ao limite legal, mas que vive em situação vulnerável, buscar a solução no judiciário. Isto somente não ocorreria caso a LOAS previsse apenas critério subjetivo, ao invés do limite de renda, qual seja a vulnerabilidade social.

O Poder Judiciário, na busca do efetivo alcance da dignidade humana e no verdadeiro reconhecimento da vulnerabilidade social, tem afastado o formalismo jurídico e adotado uma concepção substancialista para melhor adequar a real necessidade do cidadão.

Como flexibilização do critério objetivo de renda, a Ação Civil Pública 5044874-22.2013.404.7100/RS, de abrangência nacional determinou a exclusão das despesas com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis e consultas na área de saúde, requeridos e negados pelo Estado, do cálculo da renda per capita familiar do requerente de benefício assistencial que decorram diretamente da deficiência, incapacidade ou idade avançada.

Foi mais uma forma de incluir aqueles que estão aquém do mínimo existencial, sem condições de terem uma vida digna, embora possuam uma renda per capita familiar acima do requisito legal. Porém, como visto, a vulnerabilidade não pode ser vista como uma régua, haja vista a peculiaridade que cada indivíduo se encontra. O argumento calçado foi a defasagem do critério de renda que macula a vulnerabilidade do indivíduo além de nossa constituição determinar condições mínimas de existência humana digna, sendo dever do Estado prover a proteção social. Senão vejamos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. IDOSO E DEFICIENTE FÍSICO. REQUISITO ECONÔMICO. DEDUÇÕES. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ABRANGÊNCIA NACIONAL DOS EFEITOS DA DECISÃO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 18/04/2013, reinterpreto a posição adotada na ADI nº 1.232/DF, ao julgar a Reclamação nº 4.374 e o Recurso Extraordinário nº 567.985, este com repercussão geral, ocasião em que reconheceu e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 - que prevê como critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo-,

por considerar que esse critério se encontra defasado para caracterizar a situação de miserabilidade, sem pronúncia de nulidade. 2. A situação atual do benefício assistencial de prestação continuada permite que cada magistrado, frente a um caso concreto, possa avaliar a existência de gastos especiais decorrentes da idade ou da deficiência cotejando-os com a necessidade para o fim de verificar o risco social ao qual estaria submetido o núcleo familiar. 3. A Administração Pública, por sua vez, não é dotada deste poder de valoração, porquanto adstrita à legalidade, dependendo de norma jurídica ou, ainda, determinação judicial que defina os limites de sua atuação. 4. A dedução do cálculo da renda familiar de toda e qualquer despesa decorrente da deficiência, incapacidade ou idade avançada, viola a reserva do possível, pois geraria um incremento substancial na concessão de benefícios assistenciais e, por consequência, um desequilíbrio no sistema jurídico, o que macula o princípio da igualdade material e do Estado Social, uma vez que, ensejando gastos não previstos, compromete o custeio de outras prestações positivas. 5. A Constituição Federal institui um direito às condições mínimas da existência humana digna determinando a criação de prestações estatais positivas, como é o caso do benefício assistencial. Porém, inviável afastar-se do objeto protegido pelo mencionado benefício, que é, justamente, eliminar a forma aguda de pobreza, ou seja, garantir condições mínimas de sobrevivência de quem nada tem, circunstância que não pode ser confundida com melhora das condições financeiras para aqueles que já possuem meios de sustentar suas necessidades básicas de vida. 6. Despesas particulares com plano de saúde, cuidadores/assistentes, técnicos ou enfermeiros, revelam que inexistente o risco social do grupo familiar, que possui condições de arcar com tais despesas, mesmo que seu poder aquisitivo seja reduzido. 7. A escolha por consultas particulares na área da saúde, assim como a aquisição de medicamentos, fraldas e alimentos especiais é opção do cidadão, na medida em que o Estado os fornece, através do SUS. 8. A dedução de despesas com consultas na área da saúde e aquisição de medicamentos, fraldas e alimentos especiais na rede particular somente seria justificada nos casos em que, requerida a prestação ao Estado, houvesse a negativa da Administração. É apenas diante da negativa do direito que a aquisição particular, em detrimento do correspondente serviço público ofertado, deixa de ser opção e passa a ser necessidade. 9. Recurso parcialmente acolhido para compelir o réu a deduzir do cálculo da renda familiar, para fins de verificação do preenchimento do requisito econômico ao benefício de prestação continuada do art. 20 da Lei nº 8.742/93, apenas as despesas que decorram diretamente da deficiência, incapacidade ou idade avançada, com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis e consultas na área da saúde, comprovadamente requeridos e negados pelo Estado. 10. Considerando a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1243887/PR, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 12-12-2011) e tendo em conta o teor da presente demanda, que visa garantir os interesses assistenciais, impõe-se determinar a extensão dos efeitos da presente ação civil pública a todo território nacional.

(TRF-4 - APELREEX: 50448742220134047100 RS 5044874-22.2013.404.7100, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 27/01/2016, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 04/02/2016)

Neste sentido, para Daniel Machado Rocha (2004, p. 111):

A fundamentalidade material, por sua vez, não apresenta maiores dificuldades no seu reconhecimento. Na lição de Brenda, a obrigatoriedade do Estado de respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, abrangendo uma obrigação prestatória quando o indivíduo não pode, de outra maneira, prover uma existência humana digna. É justamente nos momentos nos quais os cidadãos inseridos na sociedade por força de sua capacidade de trabalho (substancial maioria da população), têm sua força laboral afetada, ou mesmo negado o acesso ao trabalho, como é cada vez mais comum por força do modelo econômico excludente, que a previdência social evidencia seu papel nuclear para a manutenção do ser humano dentro de um nível existencial minimamente adequado.

Não resta dúvida que a dignidade da pessoa humana pode ser efetivada por intermédio de benefícios assistenciais. Para tanto, a interpretação da legislação deve ser pertinente a garantir o direito fundamental consagrado logo no artigo 1º, inciso III da CF.

O benefício de prestação continuada, composto pelos benefícios assistenciais ao idoso e a pessoa com deficiência, necessitam de alguns critérios para a sua concessão, levando em consideração, além da idade avançada ou deficiência, o critério econômico conforme explana Bittencourt:

O benefício de Prestação Continuada da Assistência Social é devido, assim, ao idoso e ao deficiente, brasileiros natos, naturalizados ou estrangeiros com residência no Brasil, quando cumpridas as exigências referentes ao requisito econômico, sendo destinado, também ao menor de idade, quando constatada deficiência⁴⁵.

Os benefícios assistenciais são regidos pela Lei nº 8.742/1993, instrumento que garante um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais desde que não possuam meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, senão vejamos:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

A referida Lei também dispõe sobre o critério objetivo de renda per capita para identificar aqueles que não possuem meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família como sendo igual ou inferior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo, até 31 de dezembro de 2020:

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja:

I - igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, até 31 de dezembro de 2020;

A operacionalização do Benefício de Prestação Continuado compete ao Instituto Nacional do Seguro Social nos termos do Decreto nº 6.214/2007 em seu artigo 3º. Recentemente, a Lei 13.846 de 2019 acrescentou o parágrafo 12 ao artigo 20 da Lei nº 8.472/93 determinando a realização do CADUNICO - Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal como requisito para a concessão do benefício. Por este cadastro é possível analisar o critério da renda do deficiente ou do idoso.

A recente alteração do artigo 20, § da Lei 8.742/1993 regulou o critério objetivo de renda, qual seja ¼ (um quarto) do salário-mínimo. Em 24 de março de 2020 a Lei nº 13.981 alterou este artigo considerando incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/2 (meio) salário-mínimo. Desta forma, aumentou-se o requisito de renda per capita abrangendo um número maior de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Neste interino foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF/DF 662 ao Supremo Tribunal Federal alegando-se que houve uma afronta ao art. 195, §5º, da Constituição Federal, que prevê que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderia ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. A liminar foi deferida, vejamos:

Liminar deferida ad referendum (ADPF 662)

MIN. GILMAR MENDES“(…) Concedo, em parte, a medida cautelar postulada, ad referendum do Plenário, apenas para suspender a eficácia do art. 20, § 3º, da Lei 8.742, na redação dada pela Lei 13.981, de 24 de março de 2020, enquanto não sobrevier a implementação de todas as condições previstas no art. 195, §5º, da CF, art. 113 do ADCT, bem como nos arts. 17 e 24 da LRF e ainda do art. 114 da LDO. (...)”

Ocorre que em 02 de abril de 2020 aprovou-se o Projeto de lei nº 1.066, conhecido como Renda Básica, que alterou a Lei 13.982/2020 a qual passa a vigorar da seguinte forma:

Lei 8.742/93, art. 20, § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja:
I – igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, **até 31 de dezembro de 2020;**

⁴⁵ BITTENCOURT, André Luiz Moro. Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência, p. 323.

Veja que a redação do inciso II foi vetada a qual ampliaria a renda per capita para $\frac{1}{2}$ (meio) salário-mínimo a partir de 01 de janeiro de 2021. Portanto, além de retornarmos ao critério de renda de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, agora temos uma lacuna na lei, ou seja, não há previsão de como será a partir de 01 de janeiro de 2021.

No entanto, a Lei 13.982/2020 adicionou o art. 20-A à lei 8.742/93, ampliando o critério da renda per capita para $\frac{1}{2}$ salário-mínimo, porém sendo um ato discricionário do Poder Executivo. Trata-se de regra transitória, válida somente durante o período da pandemia do Corona vírus.

De todo este embrolho legislativo, político e pandêmico vê-se um esforço no sentido de ampliar o critério de renda objetivo para aferição do benefício de prestação continuada e, assim elevar o número de indivíduos que possam receber guarida do Estado por se encontrarem em uma situação de vulnerabilidade.

Entretanto, para que ocorra uma maior segurança jurídica, de todo o apontado, acredita no presente trabalho que a flexibilização do critério de renda per capita para fins de obtenção de benefício assistencial a pessoa idosa ou a pessoa com deficiência, seja realizada nos moldes propostos pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos a respeito do tema - inclusive a ADPF 662 convertida em ADIN, ainda em andamento - principalmente após o cenário pandêmico, decorrente da COVID-19, e a situação de vulnerabilidade de inúmeras pessoas, necessitando de proteção social.

CONCLUSÕES

Os benefícios assistenciais de prestação continuada independem de contribuição do cidadão perante a Previdência Social, que por sua vez, faz parte do Sistema da Seguridade Social – que também abrange a Saúde e Assistência Social.

Numa vertente humanista, é preciso trazer a concessão dos benefícios de prestação continuada – conhecidos como benefício assistencial ao idoso e ao deficiente – a luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme estudado, uma solução para a flexibilização do critério de renda per capita é a análise individualizada dos casos de forma que se verifique efetivamente a vulnerabilidade do indivíduo.

No âmbito administrativo há limitação legal para que se alcance o critério de miserabilidade de forma efetiva, ficando o INSS adstrito à Lei Orgânica da Assistência Social em respeito ao princípio da legalidade.

Entretanto, para o Poder Judiciário, como visto, a vulnerabilidade é mais bem avaliada não se restringindo ao critério objetivo de renda, qual seja $\frac{1}{4}$ (um quarto) de salário-mínimo. Nesta ceara, avalia a real condição de vida do indivíduo e suas necessidades diante da renda familiar.

Certo que se deve levar em conta toda a dinâmica familiar como região em que vivem, necessidades de alimentação especial, consultas médicas, quantidade de idosos e deficientes vivendo no mesmo teto. Não obstante a isso, a Ação Civil Pública 5044874-22.2013.404.7100/RS exclui do cálculo da renda por pessoa da família das despesas do requerente de benefício assistencial que decorram diretamente da deficiência, incapacidade ou idade avançada, com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis e consultas na área de saúde, requeridos e negados pelo Estado.

A alteração legislativa ocorrida com a Lei nº 13.981 24 de março de 2020 ampliou o critério de renda per capita para $\frac{1}{2}$ (meio) salário-mínimo, porém teve a sua eficácia suspensa devido a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF/DF 662 ao Supremo Tribunal Federal. Isto demonstra que a atuação do Estado vai de encontro ao princípio da dignidade humana, sendo uma tentativa de se ampliar o rol de indivíduos que necessitam dos Benefícios de Prestação Continuada e alcançar um maior número de cidadão vulneráveis.

A preocupação dos preceitos constitucionais e da Lei Orgânica da Assistência Social para uma melhor condição de vida e dignidade ao cidadão é visível, tanto que se editou a Lei nº 13.982/2020. Diante do cenário pandêmico da COVID-19, permite-se ampliar o critério de renda per capita para $\frac{1}{2}$ (meio) salário-mínimo.

Embora haja toda estas alterações legislativas e utilização da Ação Civil Pública como meios de se enquadrar um maior número de indivíduos na miserabilidade, ainda sim, o critério objetivo, seja de $\frac{1}{4}$ (um quarto) ou $\frac{1}{2}$ (meio) salário-mínimo é insuficiente para verificar a real vulnerabilidade do cidadão.

Não se nega que melhora ou abarca um maior número de indivíduos com direito ao Benefício de Prestação Continuada, porém é insuficiente haja vista o grau de complexidade que diversas famílias vivem nesse vasto país.

Desta forma, a melhor solução é a verificação individual de cada caso, sendo necessária uma avaliação criteriosa pelas assistentes sociais da condição de vida destes cidadãos vulneráveis, inclusive com verificação “in loco”.

Sob esse enfoque, seria possível verificar a concretização da proteção social, voltada para os cidadãos que precisam de imediato do benefício como forma de sustento e de sua família.

Isto porque a Previdência Social tem natureza de seguro social e, uma vez valendo-se de meios para a sua concretização, além do aumento da confiança em relação ao segurado, também estará possibilitando maior humanização e os preceitos constitucionais sobre o Sistema da Seguridade Social, no que diz respeito às ações necessárias para a viabilização das garantias constitucionais dos direitos sociais.

AGRADECIMENTOS

Nesta oportunidade os autores vem agradecer primeiramente a Deus, pelo dom da vida e pela saúde para continuar seus trabalhos em um momento tão delicado no cenário mundial decorrente da pandemia da COVID-19.

Agradecemos também a Universidade do Oeste Paulista UNOESTE, pela oportunidade a todos os pesquisados de todos do Brasil por proporcionar um evento on line de imensa magnitude, facilitando o acesso à pesquisa, quebrando todas as barreiras da distância física.

Por fim, os autores também agradecem esta instituição, por proporcionar um ambiente acadêmico, oportunidade em que os autores puderam iniciar pesquisas que perduraram mesmo depois do segundo autor encerrar a graduação em direito.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência**. 3. Ed. – Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 jul. 2020.

BRASIL. Lei Orgânica da Assistência Social nº 8.742/1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em 03 jul. 2020.

BRASIL. **Comissão Mista Permanente nº 37/99 – Congresso Nacional**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621955>. Acesso: 15 jul. 2020.

BRASIL. Instrução Normativa, nº 77/2015. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em: 18 jul. 2020.

COUTO, Berenice Rojas. Assistência social: Direito social ou benesse? In: *Serv. Soc. Soc.* [online]. 2015, n.124. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282015000400665&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em 18 jul. 2020. <https://doi.org/10.1590/0101-6628.045>

DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZARRI, João Batista. **Direito Previdenciário**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

KANT, I. **A fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2011.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia científica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MAGALHÃES, Andrea. **Jurisprudência da Crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVARIS, José Antonio. **Traços Elementares do Sistema Constitucional de Seguridade Social**. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antonio (Coords.). Curso de Especialização em Direito Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2007.

DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA GARANTIR O CUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Cleberon Aparecido De Moraes Silva

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: cleberon.silva2@outlook.com

RESUMO

A administração pública requer de seus servidores que o trabalho seja efetuado com excelência e em obediência aos princípios constitucionais. Diante disso, implica-se aos administradores públicos o dever de fornecer as condições ideais para o cumprimento desses princípios, acompanhando, ainda, o avanço tecnológico dos meios de comunicação. No presente artigo elencam-se as principais dificuldades de implementação das novas tecnologias na prestação de serviços à população, a capacitação constante dos servidores e as dificuldades financeiras do setor público. Sendo o serviço público essencial para o funcionamento do sistema jurídico, desde o processo legislativo, na execução e na aplicação da justiça, cabe ao operador do direito ser pioneiro na discussão das boas práticas atinentes ao princípio da eficiência. Objetivando a conclusão foram utilizadas doutrinas, consulta em normas jurídicas em vigor, análise de estudos públicos, consultas em sites institucionais, primando pela utilização da associação das informações com vista a uma análise sem o intuito de esgotamento da matéria.

Palavras chaves: Princípios; Serviço Público; Capacitação; Tecnologia.

CHALLENGES OF THE PUBLIC ADMINISTRATION TO ENSURE COMPLIANCE WITH CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

ABSTRACT

Public administration requires its employees to carry out work with excellence and in compliance with constitutional principles. In view of this, public administrators are required to provide the ideal conditions for the fulfillment of these principles, while also accompanying the technological advance of the media. This article lists the main difficulties in implementing new technologies in providing services to the population, the constant training of civil servants and the financial difficulties of the public sector. Since the public service is essential for the functioning of the legal system, since the legislative process, in the execution and application of justice, it is up to the operator of the law to be a pioneer in the discussion of good practices related to the principle of efficiency. Aiming at the conclusion, doctrines were used, consultation with legal rules in force, analysis of public studies, consultations on institutional websites, emphasizing the use of the association of information with a view to an analysis without the intention of exhausting the matter.

Keywords: Principles; Public Service; Training; Technology.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta um breve estudo sobre o desenvolvimento da capacidade do serviço público de se aprimorar com vista a acompanhar as novas tecnologias, entregando ao cidadão um serviço de qualidade.

Os administradores da coisa pública enfrentam os desafios em cumprir os princípios constitucionais na era da evolução constante de equipamentos, e meios de comunicação, em meio às impossibilidades orçamentárias de um país que convive com a crise econômica.

Ao que se segue, serão explicitados os princípios constitucionais, os princípios concernentes ao serviço público e as dificuldades na gestão do orçamento público. Concluindo com uma análise sem

pretensão de exemplificar por completo as necessidades do setor público, mas impulsionar os adeptos das ciências jurídicas a se atentarem para o cumprimento dos princípios elencados, em principal o da eficiência, e do equilíbrio na gestão do orçamento público, considera sua função fundamental para o cumprimento do direito.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada para elaboração do presente artigo consistiu em pesquisa em doutrina e consulta a legislação brasileira, na própria Constituição Federal, e em sites institucionais públicos.

RESULTADOS

Devido as novas exigências para um bom funcionamento da máquina pública, é implicado ao gestor público o constante investimento em aquisição de equipamentos e em capacitação dos servidores públicos para cumprimento dos princípios constitucionais. Tal cumprimento é um desafio para gestão pública que depende de orçamentos em constante limitação.

DISCUSSÃO

PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Todo aquele que estuda o direito se depara com uma infinidade de princípios que o orientam pelos meandros das ciências jurídicas. Nas palavras de Miguel Reale (2011), "Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios", dada a importância desses, não se furta o estudioso de descrever tais características ao explicar sobre direito.

Antes de descrever tais estudos cabe uma breve explicação sobre o Estado de Direito. Sendo derivado das teorias contratualistas, onde, os indivíduos que compõem a sociedade abrem mão de parte de sua liberdade em prol da convivência pacífica, e imputam ao Estado a aplicação rigorosa do direito (Dallari, 2018).

O sistema jurídico brasileiro tem por base estrutural a constituição federal, não podendo o legislador fugir de suas premissas ao criar novas normas. Nas palavras de Alexandre de Moraes (2019, p. 6):

Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disciplina em seu Título III, Capítulo VII, sobre as normas para o funcionamento da administração pública. Conhecido pelo método mnemônico LIMPE, é postulado por Carvalho Filho (2019) como princípios expressos dada a sua posituação na lei maior. Sendo imprescindível o seu conhecimento, esses impactam diretamente no trabalho desempenhado pelos órgãos públicos.

O primeiro princípio é o da legalidade, sendo descrito no artigo 5º, II, da Constituição Federal, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e está presente em todo ordenamento jurídico, sendo característico do Estado de Direito.

Em especial, na administração pública a característica de permissão legal se diferencia do setor privado enquanto quando nesse se pratica o que a lei permite e não proibi, e naquele somente o que a lei permite.

Seguindo o LIMPE, o segundo princípio é o da impessoalidade. Como sugere a própria nomenclatura, é o contrário do que é pessoal, o que é direcionado a alguém em específico, não devendo os recursos públicos serem usados para o benefício particular, mas para todos. Está descrito no começo do *caput* do artigo 5º, "Todos são iguais perante a lei", e é uma importante ferramenta na proteção da coisa pública.

O terceiro princípio é o da moralidade. Impõe ao gestor público a necessária observação dos valores morais na prática dos atos administrativos, considerando a ética regulamentada em lei, em suas

atitudes. Tais conceitos também são inerentes ao convívio em sociedade, atentando a máxima constitucional "todo poder emana do povo".

A letra P é de publicidade, esse princípio implica na divulgação das informações acerca dos atos administrativos praticados nas instituições públicas, possibilitando uma maior transparência. O ápice da legitimação do conceito de publicidade foi a criação da Lei de Acesso à Informação, Lei Federal nº 12.527/2011, que regulamenta o acesso do cidadão às informações pertinentes à coisa pública. Elenca-se, ainda, o uso dos diários oficiais como uma importante ferramenta para a prestação de contas à população. A transparência não é absoluta, existem casos em que o legislador resguardou o sigilo de informação, visando a segurança da sociedade e do Estado.

Por fim, o princípio da eficiência que tem por objetivo a melhor execução na prestação do serviço público, o mais recente, sendo inserido na constituição por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998. Trocando em miúdos, consiste em efetuar as atividades administrativas públicas com o máximo de qualidade e evitando o desperdício do dinheiro público.

Além dos princípios constitucionais supracitados, há ainda aqueles que auxiliam nos regulamentos infraconstitucionais. Carvalho Filho (2019) os nomeia como "princípios reconhecidos", sendo eles o princípio da supremacia do interesse público, da autotutela, da indisponibilidade, da continuidade dos serviços públicos, da precaução, da razoabilidade e da proporcionalidade.

De acordo com Di Pietro (2019), há dois princípios fundamentais ao entendimento dos demais no âmbito do direito administrativo, o princípio da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o particular, não sendo esses privativos da administração pública.

O princípio da supremacia do interesse público é a síntese das ações do poder público em prol da sociedade, ou seja, visa aproximar as ações do poder estatal da população ao qual é vinculado.

O princípio da autotutela é uma ferramenta essencial para atingir o princípio constitucional da eficiência. Consiste na possibilidade da administração pública de avaliar e anular seus atos reconhecidamente incorretos com o intuito de corrigi-los futuramente.

O princípio da indisponibilidade apresenta uma característica primordial do setor público, o fato dos bens não pertencerem aqueles que o gerem. Não podendo serem dispostos às regras comerciais típicas do setor privado, como, por exemplo, a alienação, que dever ser regulada em lei.

O princípio da continuidade dos serviços públicos, importante destacar a necessidade desses. O setor público atinge diretamente a dignidade da pessoa humana, como o setor da saúde, da educação e da segurança pública, logo, é imprescindível que seja ininterrupto.

A função do princípio da segurança jurídica é conter a instabilidade causada pelas possíveis inconsistências nas relações jurídicas. Não basta o vigor de uma lei, é preciso que essa seja cumprida.

O princípio da precaução pode ser descrito como uma medida preventiva para evitar danos ao erário. A aplicação de ferramentas de gestão com foco nos problemas futuros, ainda que esses não aconteçam, apresenta uma similaridade com aspectos do setor privado. Prevenir e remediar possíveis problemas protege a coisa pública do prejuízo.

O princípio da razoabilidade talvez seja o mais subjetivo, depende de uma análise complexa dos atos praticados pelo administrador e dos aspectos que influenciam a análise do julgador, sempre considerando os outros princípios que fundamentam a administração pública. Essa análise deve se orientar pela legalidade do ato e sua finalidade.

O princípio da proporcionalidade aplicado à administração pública, visa limitar a nocividade dos atos praticados pelos administradores, evitando a excesso danoso do poder público. Ou seja, os atos praticados devem atender aos requisitos específicos da instituição, sem extrapolar seu dever imposto em lei. Primando pela prática compatível com o exercício da função, atendendo ao fim público e obtendo vantagem ao bem público.

A Lei Federal nº 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo na Administração Pública Federal, elenca no *caput* do seu artigo 2º, os princípios supramencionados, e também os princípios da finalidade, motivação, e do contraditório e ampla defesa.

O princípio da finalidade permite que o administrador conduza suas atividades de acordo com o objetivo ao qual ela é destinada, não deturpando as prerrogativas legais impostas as suas obrigações. A

finalidade descreve uma conduta específica pautada na legalidade, não podendo a administração pública desviar-se dela.

O princípio da motivação consiste na justificativa da prática do ato, ou seja, descrever o motivo com apresentação dos fundamentos jurídicos, como disciplina Nohara (2019). Ressalta-se a importância da motivação na exposição de informações realizadas na transparência pública.

O contraditório e ampla defesa está presente no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. A ampla defesa fornece ao réu a possibilidade de esclarecer a verdade em sua defesa e o contraditório é o exercício de apresentar a contrariedade à acusação.

Diante todo o exposto, recai sobre os gestores públicos a responsabilidade de distribuir e aplicar os recursos públicos para o atingimento de todos esses princípios. Além do que tange os princípios fundamentais. Adequando-se às regras de divisão de poder supramencionadas.

O servidor público tem participação ativa e direta no cumprimento dos atos administrativos. Cabe a ele observar todos os princípios concernentes as suas atividades, conforme mencionado acima. Não obstante, é sensato raciocinar que as condições de trabalho fornecidas pelo empregador, ente público, devam corroborar para o pleno exercício do princípio da eficiência.

Vive-se hoje a era da revolução das formas de comunicação, desenvolvimento de tecnologias que se sobrepõem com geração cada vez mais próxima uma da outra em períodos mais curtos de renovação. Com novas tecnologias, maior a necessidade de capacitação de seus usuários. Implicando na necessidade de investimentos em melhorias nas condições de trabalho e mão-de-obra qualificada.

Nessa toada, o ano de 2020 que trouxe a pandemia do covid-19 (Sars-Cov-2) implicou a todos a versatilidade para continuar a trabalhar. O sistema de trabalho no estilo *home office* foi empregado dentro das possibilidades inerentes a cara instituição pública ou privada, se tornando uma tendência pós pandêmica.

ORÇAMENTO PÚBLICO E DESPESA DE PESSOAL

O estudo divulgado em 06 de dezembro de 2019 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), intitulado de Três Décadas de Evolução do Funcionalismo Público no Brasil 1986-2017, novo Atlas do Estado Brasileiro, faz uma análise complexa do aumento de gasto público com despesa de pessoal ao longo de três décadas. Em resumo, a quantidade de vínculos com o poder público está em progresso ascendente, proporcional a isso está a porcentagem do gasto dentro do orçamento público que pode chegar ao valor correspondente a aproximadamente 10% do Produto Interno Bruto (PIB). Somente no poder executivo federal são mais de um milhão de servidores ativos, segundo o portal da transparência da Controladoria Geral da União.

Consoante com a necessidade de equilíbrio nas contas públicas os governantes aplicam seus planejamentos buscando uma solução. Uma das principais medidas tomadas foi a Reforma da Previdência, projeto que se tornou emenda constitucional em novembro de 2019, EC 103/19, que surtirá efeitos significativos ao longo da próxima década. Ainda há um longo caminho a ser trilhado para atingir a fórmula precisa que tornará a máquina pública leve e eficiente.

CONCLUSÃO

A evolução tecnológica impetrada pelo desenvolvimento humano impõe às atividades laborais uma constante empregabilidade de inovações nos meios de comunicação. Logo, é necessário o investimento na capacitação dos servidores públicos como plano integrante da rotina anual pública. Além da aquisição de novos equipamentos que condizem com as novas tecnologias.

Um grande desafio para um sistema público que corre aos tropeços com problemas financeiros, como a famigerada dívida pública, o próprio déficit previdenciário, desvios de verbas públicas e outras tantas mazelas que o brasileiro está acostumado a observar nas mídias.

Esta breve análise sintetiza a incompatibilidade presente no bom desenvolvimento da renovação das atividades desempenhadas pelos servidores públicos empregadas com o intuito de melhorar o atendimento à população e o acompanhamento da evolução tecnológica.

Corre a marcha lenta o cumprimento do principal alvo do presente estudo, o princípio da eficiência. Não há serviço público sem servidor público, e o serviço prestado com excelência necessita de capacitação constante, o que é impossibilitado enquanto existir dificuldades no equilíbrio financeiro.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei Federal nº 9.784, 29 de Janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF: 29 jan. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acessado em 18/08/2020.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zabella. Direito Administrativo. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LOPEZ, Felix; GUEDES, Erivelton. Três Décadas de Evolução do Funcionalismo Público no Brasil (1986 - 2017): Atlas do Estado Brasileiro. Atlas do Estado Brasileiro, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasestado/indicadores>. Acesso em 18/08/2020.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 35.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Portal da Transparência - Controladoria Geral da União. Portal da Transparência - Controladoria Geral da União, 2020. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/servidores>. Acesso em 18/08/2020.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20.ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A PROTEÇÃO DO DIREITO CÔNJUGE E/OU COMPANHEIRO NA PARTILHA DE BENS

Izabela Santos da Silva, Maria Elena Soares Volpe Brito, Flavia Caroline Marsola

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: mevolpe@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho trata-se de uma abordagem ao instituto da Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica em relação à futura partilha de bens, onde este é aplicado para fins de proteção ao direito do cônjuge e companheiro. Sendo utilizado como metodologia a pesquisa bibliográfica, a priori, trazendo o contexto histórico da Desconsideração da Personalidade Jurídica, conjuntamente com a conceituação em suas modalidades, direta e inversa. Seguidamente, adentra na diferenciação entre casamento e união estável, como também da partilha de bens conforme o regime adotado, mostrando ser este instituto o apropriado quando trata-se de dissolução de sociedade conjugal quando está diante de uma fraude na partilha. Por fim, mediante uma breve análise jurisprudencial e por entendimentos de Tribunais Superiores, ressalta a sua eficácia e aplicação no Direito de Família.

Palavras-chave: Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. Sociedade Conjugal. Partilha de bens.

REVERSE DISCONSIDERATION OF LEGAL PERSONALITY AND THE PROTECTION OF THE SPOUSE AND / OR COMPANION LAW IN SHARING

ABSTRACT

The present study handles an approach about the future assets sharing, which considers the institute of reverse piercing with the purpose of protecting the spouse and partner rights. Firstly, the methodology adopted herein is based on bibliographic research. The historical context of the Disregard of the legal entity is treated together with the direct and inverse modalities of conceptualization. Then, one evaluates the differentiation between marriage and stable union, in addition to the assets sharing according to the adopted regime. Thus, the institute can be considered appropriated, concerning the dissolution of the conjugal society when a fraud is found in the sharing process. Finally, one highlights the institute effectiveness and applicability in the Family Law, through a brief analysis of jurisprudence and understandings of Superior Courts.

Keywords: Reverse piercing of the corporate veil. Dissolution of the conjugal society. Assets sharing.

INTRODUÇÃO

A lei 13.105, de 16/03/15, que cria o novo CPC, foi publicada em 17 de março de 2015 passando a entrar em vigor um ano após a data da publicação, respeitando o período da *vacatio legis*, trouxe como inovação o incidente processual (intervenção de terceiros) da Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica, porém o mesmo já era utilizado há anos pela doutrina e jurisprudência. O presente trabalho busca mostrar a aplicação deste instituto no direito de família, especificamente dentro da partilha de bens, como meio de proteção dos direitos de cônjuges e companheiros.

Em uma realidade em que é crescente o número de divórcios, separações e dissoluções de uniões estáveis, em um cenário que as famílias buscam organizar seu patrimônio através de pessoas jurídicas, pode ocorrer abuso de finalidade, de modo que cause confusão patrimonial e lese os direitos dos seus familiares. Esse estudo pretende mostrar como esse instituto é de suma importância para proteção dos direitos dos indivíduos quando uma personalidade jurídica é utilizada de forma inadequada para causar fraude dentro da partilha de bens.

METODOLOGIA

O método utilizado foi o dedutivo a fim de alcançar uma conclusão válida do estudo em análise, com base em pesquisas na doutrina, jurisprudências, interpretação da legislação atual e análises de julgados em casos concretos do tema principal do trabalho.

BREVE CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Denominada *disregard doctrine* do direito norte-americano, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem como primeiro doutrinador brasileiro Rubens Requião, que defendia sua aplicação independente de previsão legal, trouxe assim tal instituto através de uma exposição proferida na Universidade Federal do Paraná, em artigo intitulado "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica" (Rev. Dos Tribs., 410/12).

A inserção da teoria no ordenamento jurídico brasileiro foi inicialmente pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 28, Lei 8.078/90), após na Lei Antitruste (art. 18, Lei 8.884/94) e na Lei de Proteção ao Meio Ambiente (art. 4º, Lei 9.605/98), porém foi consagrada pelo advento do Código Civil de 2002 em seu artigo 50, constituindo um verdadeiro marco legislativo no direito privado brasileiro:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

Desta forma, até então o procedimento desse instituto era discricionário, advindo o rito processual a critério do juiz da causa, sem nenhuma segurança jurídica, Didier Jr. (2007, p. 159), pontuou “a necessidade de preservação da garantia do contraditório e a de que a desconsideração é uma sanção e, como tal, somente poderia ser aplicada se respeitado o devido processo legal”.

Em razão da ausência expressa de norma processual, o legislador buscou regular o instituto, positivando assim o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 133 e ss., delineando o procedimento a ser adotado em sua aplicação, garantindo contraditório e ampla defesa.

PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

É de enorme relevância o princípio da autonomia patrimonial nesse estudo, pois trata sobre a limitação da responsabilidade existente entre a pessoa jurídica e seus sócios instituidores, contendo previsão legal no artigo 1.024 Código Civil c/c artigo 596 do NCPC:

Art. 1024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

Conforme se pode verificar, os bens da pessoa jurídica não se confundem com os bens dos membros instituidores da sociedade, ou seja, são incomunicáveis.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: CONCEITO

A desconsideração da personalidade jurídica conforme Humberto Theodoro Júnior (2016, pág. 401) é um instituto:

[...] que autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial entre a empresa e seus sócios ou administradores, sempre que for manipulada para prejudicar os credores. Desta forma, o patrimônio dos sócios é alcançado na reparação de danos provocados pela

empresa a terceiros, quando houver desvio de finalidade ou confusão patrimonial, para os quais os gestores tenham concorrido.

A partir da conceituação doutrinária, fica nítido que o instrumento processual foi criado para coibir abusos, de modo a retirar a máscara societária que existe entre a pessoa física dos sócios/administradores, e da pessoa jurídica constituída, sendo meio de descobrir que o societário fraudulento escondeu os bens da empresa em seu patrimônio particular para evitar o cumprimento de dívida, mas vale assentar que é uma medida excepcional não regra.

DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Diferentemente da Desconsideração da Personalidade Jurídica a Desconsideração Inversa, só passou a ser expressamente positivada na legislação a partir de 2015, com a publicação do Novo Código de Processo Civil, que introduziu o mencionado instituto no §2º do art. 133, *in verbis*:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Inobstante tenha sido positivado somente em 2015, doutrina e jurisprudência já cuidavam do assunto, conforme se nota abaixo:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. Discute-se, no REsp, se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a chamada desconsideração da personalidade jurídica inversa. Destacou a Ministra-Relatora, em princípio, que, a par de divergências doutrinárias, este Superior Tribunal sedimentou o entendimento de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica dentro do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria. Por outro lado, expõe que, da análise do art. 50 do CC/02, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou a chamada teoria maior da desconsideração, segundo a qual se exige, além da prova de insolvência, a demonstração ou de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração) ou de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). Também explica que a interpretação literal do referido artigo, de que esse preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade, e não o inverso, não deve prevalecer. Anota, após essas considerações, que a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir, então, o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações de seus sócios ou administradores. Assim, observa que o citado dispositivo, sob a ótica de uma interpretação teleológica, legitima a inferência de ser possível a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua modalidade inversa, que encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria *disregard doctrine*, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores. Dessa forma, a finalidade maior da *disregard doctrine* contida no preceito legal em comento é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Ressalta que, diante da desconsideração da personalidade jurídica inversa, com os efeitos sobre o patrimônio do ente societário, os sócios ou administradores possuem legitimidade para defesa de seus direitos mediante a interposição dos recursos tidos por cabíveis, sem ofensa ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. No entanto, a Ministra-Relatora assinala que o juiz só poderá decidir por essa medida excepcional quando forem atendidos todos os pressupostos relacionados à fraude ou a abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. No caso dos autos, tanto o juiz como o Tribunal a quo entenderam haver confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente. Nesse contexto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp

279.273/SP, DJ 29.03.04; REsp 970.635/SP, DJe 01.12.09; e REsp 693.235/MT, DJe 30.11.09.” (REsp 948.117/MS, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, j. 22.06.2010).

A doutrina como principal meio de discussão e introdução desse tema no Brasil considerava o seguinte:

Ora, a partir do momento em que se isola o fundamento jurídico da admissibilidade desta teoria, fácil é depreender a admissibilidade do inverso: é possível, igualmente, desconsiderar a (mesma) autonomia da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigações assumidas pelos seus sócios. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 393).

O Enunciado 283 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe que “é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens”.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica tem por objetivo desconsiderar momentaneamente a pessoa jurídica para atingir seu patrimônio social e sanar as dívidas dos seus sócios administradores (pessoa física).

Possui os mesmos requisitos e pressupostos da desconsideração direta, sendo necessário ser provado o abuso ilegal da pessoa jurídica pelo desvio de sua finalidade e confusão patrimonial. Deste modo, a confusão patrimonial deve estar diretamente ligada ao patrimônio do sócio e da pessoa jurídica, e a finalidade da empresa/sociedade estar sendo utilizada de maneira distinta pela qual foi criada.

Seu principal objetivo é evitar o desvio de bens dos sócios administradores para a pessoa jurídica, nessa situação Fábio Ulhôa Coelho (2008, p. 47) define como “afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio”.

Antes de comentarmos sobre fraude de bens da partilha na Desconsideração Inversa, iremos pontuar assuntos relevantes para o entendimento da temática deste artigo.

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Acerca da definição de casamento há divergências, o Código Civil de 2002 traz os direitos e obrigações entre cônjuges, requisitos legais para a celebração, impedimentos e questões patrimoniais que concernem na dissolução do vínculo conjugal. Destarte, sob a luz do Direito Civil Brasileiro, casamento consiste na entidade familiar fundada com base no atendimento das solenidades legais - habilitação, celebração e registro (Clever Jabotá, 2014, não paginado).

Assim, casamento é instituto civil onde se estabelece entre duas pessoas a comunhão plena de vida em família, com igualdade de direitos e deveres, ligando os cônjuges mutuamente como consortes e companheiros entre si, responsáveis pelos encargos da família (art. 1565 do Código Civil, caput). Formando um contrato entre os nubentes, denominado contrato *sui generis*, estabelecendo efeitos sociais, pessoais e patrimoniais.

A união estável é um instituto conceituado pela doutrina e jurisprudência, possuindo reconhecimento constitucional, positivado no Código Civil de 2002:

Artigo 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Antes se exigia prazo de cinco anos para configurar este instituto, atualmente o critério é subjetivo, levando em conta os requisitos do art. 1723 do Código Civil.

Em sentido mais abrangente Álvaro Villaça de Azevedo (2000, não paginado) diz que união estável é:

[...] a convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.

Vale salientar que a expressão “homem e mulher” tanto em conceito para casamento, como para união estável, nos tempos atuais é antiquado, após a decisão do STF, nas ADI 4.277 e ADPC 132, não há mais que se diferenciar união estável homoafetiva e heteroafetiva para esses fins.

DIFERENÇAS NA PARTILHA DE BENS ESTIPULADOS PELO REGIME

Comunhão parcial de bens, é aquela onde todos os bens adquiridos após o casamento ou união estável são comunicáveis entre o casal, ou seja pertencem a ambos, são partilhados entre os mesmo. Exceto bens de herança e doação.

Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

Regime de participação final nos aquestos são os bens adquiridos pelo casal durante sua convivência, é o texto do Código Civil neste sentido:

Art. 1.672. No regime da participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

No regime de comunhão universal de bens, todos os bens do casal serão divididos entre eles, sejam aqueles existentes antes da união e os bens futuros.

Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

Por fim, separação total de bens todos os bens do casal, sejam atuais ou futuros, serão incomunicáveis, o patrimônio adquirido antes ou após o casamento permanecerá sendo particular de cada cônjuge.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010);
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Como se nota, os regimes possuem diferenças, motivo o qual serve para regulamentar a gestão dos bens durante o casamento, e também depois da sua dissolução, tanto pela separação de fato ou divórcio, quanto pela morte de um dos cônjuges.

DISSOLUÇÃO CONJUGAL E PARTILHA DE BENS

A sociedade conjugal e o vínculo matrimonial são inconfundíveis, Maria Helena Diniz (2008, não paginado) se refere da seguinte forma:

O casamento é, sem dúvida, um instituto mais amplo que a sociedade conjugal, por regular a vida dos consortes, suas relações e obrigações recíprocas, tanto morais quanto as materiais, e seus deveres para com a família e a prole. A sociedade conjugal, embora contida no matrimônio, é um instituto jurídico menor do que o casamento, regendo apenas o regime matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou indústria de ambos os consortes ou de cada um deles.

Sendo assim, sociedade conjugal é aquela formada por um casal que possui a intenção de constituir uma família e, de acordo com o Código Civil de 2002, é encerrada da seguinte maneira:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
I. pela morte de um dos cônjuges;
II. pela nulidade ou anulação do casamento;
III. pela separação judicial;
IV. pelo divórcio.
§ 1º. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º. Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

Na separação judicial, divórcio ou na dissolução da união estável, a meação (partilha de bens), serão definidas de acordo com o regime de bens adotados pelo casal.

A meação é o instituto que define a partilha de bens, estabelecida por lei ou vontade das partes, correspondem aos bens comuns entre o casal. De acordo com De Plácido e Silva (2005, p. 902):

A meação não implica herança, mas um direito de sócio aos bens da sociedade conjugal, que se mede ou se computa pela metade deles [...] A cada cônjuge, pois, pertence a sua metade (meação), não podendo um dispor em testamento da metade do outro. (SILVA, 2005, p.902).

Conforme entendimento doutrinário citado acima, a meação é um direito que é resguardado ao estabelecer uma relação afetiva, seja ela casamento ou união estável, no casamento resguardando o direito dos contraentes (cônjuges) e na união estável dos companheiros. Sendo o instituto que representa a partilha de bens, ou seja, a meação corresponde a duas partes iguais.

DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A FRAUDE NA PARTILHA DE BENS

Como já abordado, a desconsideração inversa da personalidade jurídica tem por objetivo evitar a confusão patrimonial e sanar os meios fraudulentos empregados pela pessoa física para se eximir de suas obrigações legais.

Ao iniciar uma relação, seja ela casamento ou união estável, os sentimentos sempre são de amor, igualdade e fraternidade. Porém, quando são levados a separação, esses sentimentos não perduram mais, e raras vezes as pessoas permanecem com espírito de amizade.

Com o crescente número de divórcios e separações, cresce também os conflitos envolvendo questões econômicas e patrimoniais, e meios fraudulentos são empregados para fraudar a meação.

No âmbito do casamento e da união estável, a fraude resultará eficaz sempre que causar por seu intermédio uma redução no acervo comum, e por consequência, uma diminuição na meação do cônjuge logrado (MADALENO, 2007, não paginado).

Dentro desses paradigmas é possível observar várias situações em que um dos alienantes emprega meios para se eximir da divisão dos bens de acordo com o regime adotado, e lesar o polo mais fraco dentro da relação.

Esses meios fraudulentos podem ser uma falsa doação de bens, uma simulação, não declaração de contas correntes ou até mesmo ocorrer de forma não intencional, mas levando a uma futura confusão patrimonial.

Infelizmente a pessoa jurídica faz-se necessária para realização dessas condutas. Tais meios sendo empregados, de qualquer forma, quando praticados com a intenção de lesar a partilha prejudicando a outra parte, consequentemente, deve-se aplicar o incidente processual de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Rolf Madaleno (2007, não paginado) esclarece:

A utilização da desconsideração inversa ocorre no Direito de Família, de regra, em momento anterior à separação judicial, pois o marido empresário trata de ir marginalizando o patrimônio que, em tese, deveria integrar o processo de partilha dos bens comuns e comunicáveis. É neste momento que deve funcionar o poder discricionário do juiz na apreciação das provas que enfrenta no processo, pelo dever inerente que tem de buscar a verdade. No caso de lesão a direito de cônjuge ou companheiro também pelo uso abusivo da chancela societária, deve o juiz formar a sua convicção em conformidade com a sua livre consciência, acatando para tanto, todos os meios admissíveis de prova, sem limitações, incluindo os indícios e as presunções.

Desse modo deve-se atentar que essas práticas lesivas com o intuito de fraudar a partilha não ocorrem apenas após a ingressão de processo ou de medida cautelar, elas possuem um largo período

precedente de incubação, vindo à tona em momento oportuno para produzirem seus efeitos, assim, o judiciário deve agir com efetividade, desconsiderando na própria ação de conhecimento a caminho da separação judicial ou da dissolução litigiosa da união estável (MADALENO, 2007).

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À OCORRÊNCIA DE FRAUDE NA MEAÇÃO

É evidente que a desconsideração inversa da personalidade jurídica é aplicada em situações que envolvem o Direito de Família, usada sempre que alguém se utiliza de uma sociedade/empresa na qual sendo sócio ou administrador, onde tem absoluto controle, para fraudar os direitos de seu cônjuge ou companheiro, uma vez que é nela onde se encontram ocultados os bens pertencentes à meação. Assim discorre Guimarães (2005, p.72):

Devido ao progressivo grau de degradação moral do ser humano que utiliza-se de determinada estrutura para fugir de responsabilidades particulares tem-se a possibilidade de, visando a defesa de interesses legítimos, utilizar a *disregard doctrine* pela via inversa.

Há situações nas quais o cônjuge ou companheiro empresário esvazia o patrimônio pessoal e o integra ao patrimônio da pessoa jurídica, ou planeja sua saída de modo forjado da empresa e, após a efetivação do divórcio, retorna para a sociedade nas mesmas condições anteriores, são formas de lesar a partilha patrimonial, deixando a outra parte de receber o que lhe é de direito.

Com a personalidade própria e autonomia patrimonial distinta dos bens pessoais dos seus sócios criou-se um caminho amplo e até então completamente incontrolado de uso da pessoa jurídica como anteparo da fraude, especialmente no campo das relações conjugais. (MADALENO, 2004, p. 161).

A ministra Nancy Andrigli, da 3ª turma do STJ do RS (ano de 2009) em um de seus julgados traz que a medida existe para:

[...]afastar momentaneamente o manto fictício que separa os patrimônios do sócio e da sociedade para, levantando o véu da pessoa jurídica, buscar o patrimônio que, na verdade, pertence ao cônjuge (ou companheiro) lesado.

A parte que entrar com ação de separação judicial ou dissolução de união estável pode pedir cumulativamente, no mesmo processo, o incidente de desconsideração inversa, restando necessária à fraude ser provada em juízo. Coelho (2010, p. 45):

A desconsideração invertida ampara, de forma especial, os direitos de família. Na desconstituição do vínculo de casamento ou de união estável, a partilha de bens comuns pode resultar fraudada [...] Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge ou ex-companheira do sócio, associado ou instituidor.

Este instituto é forma de proteção ao direito do cônjuge ou companheiro lesado, trazendo equidade na meação. Pouco importando se a empresa foi criada exclusivamente para desviar o patrimônio pertencente ao casamento, ou se a pessoa jurídica havia sido constituída antes mesmo da crise matrimonial. (Rolf Madaleno, 2013).

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O instituto processual da Desconsideração Inversa vem sendo utilizado para resolver lides em nossos tribunais, abaixo serão expostos julgados para notabilizar sua eficácia.

PODER JUDICIÁRIO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Registro: 2020.0000221089. ACÓRDÃO. UNIÃO ESTÁVEL C.C. PARTILHA DE BENS - Partilha - Desconsideração da Personalidade Jurídica Inversa - Admissibilidade - Confusão patrimonial entre sócio e a pessoa jurídica em detrimento da companheira - Não se justifica previdência em VGBL, a não ser como mera aplicação financeira e para afastar eventual partilha de bens em caso de uma união estável, não podendo o réu invocar o disposto no inciso VII do art. 1.659 do Código Civil - Recurso provido em parte". (TJ-SP AC 1063912-18.2018.8.26.0100 SP 1063912-18.2018.8.26.0100, Relator: Alcides Leopoldo,

Data de Julgamento: 27/03/2020, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/03/2020).

O caso em tela chegou ao Superior Tribunal de Justiça, inicialmente tratava-se de Ação de Reconhecimento e dissolução de união estável c.c partilha de bens e arresto, na petição inicial da ação, conta como polo passivo da demanda, uma empresa de turismo, com pedido de desconsideração da personalidade jurídica inversa. A ação foi julgada parcialmente procedente, reconhecendo e declarando extinta a união estável e admitindo o direito das partes para realizar a “meação” do patrimônio adquirido durante a união estável. Julgou improcedente a ação no tocante a empresa Interfly Viagens e Turismo, por não integrar a partilha de bens. A autora apelou, de modo que, a empresa não integra o patrimônio a ser partilhado, porém a empresa foi utilizada de forma fraudulenta. O apelado transferiu seus bens particulares, realizava saques da conta pessoal e depositava na conta da empresa, pagava contas pessoais com saldo da empresa, enfim, várias artimanhas que comprovam a confusão patrimonial entre o sócio e a sociedade e desvio de finalidade da personalidade jurídica da Interfly, todos provados pela Apelante através de extratos bancários constatados nos autos do processo. O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso e determinou possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica da empresa Interfly de modo que a questão está pacificada no tribunal:

É possível à desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele contratada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair de outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetivas. (REsp/ 123691/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/10/2013).

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudências pacificadas no mesmo sentido:

As sociedades empresárias, cuja personalidade jurídica se pretende desconsiderar, tem legitimidade passiva para integrar a demanda que busca, em última análise, a partilha de bens do casal “(AgInt no REsp 1625826/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 1/08/2018 Dje 04/10/2018.

A jurisprudência desta corte admite a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica toda vez que um dos cônjuges ou companheiros utilizar-se da sociedade empresária que detém controle, ou de interposta pessoa física, com a intenção de retirar do outro consorte ou companheiro direitos provenientes da relação conjugal. Precedente” (REsp 1522142/PR Rel. Ministro MARO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2020).

Assim, como já mencionado acima os julgados nos tribunais tem crescente número de decisões favoráveis ao instituto da desconsideração de personalidade jurídica inversa, observando-se que sua aplicação está crescente no âmbito do direito de família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste artigo permitiu abordar o incidente processual (intervenção de terceiro) da desconsideração da personalidade jurídica desde o início de sua inserção no ordenamento jurídico Brasileiro e seus principais pressupostos de aplicação, os quais são a confusão patrimonial e o desvio de finalidade, com o fim de inibir a fraude contra credores.

Abordando o tema dentro das questões patrimoniais, em relação à desconsideração inversa da personalidade jurídica e sua aplicação no direito de família, os regimes de bens escolhidos dentro de uma relação afetiva, sendo o casamento ou a união estável, é o maior determinante de como será estipulada a meação, ou seja, a partilha de bens. Na medida em que o objetivo deste trabalho foi corroborar de maneira positiva para aplicação desse incidente nas ações de família.

Assim quando são utilizados meios lesivos para fraudar a partilha de bens, as leis devem exercer mecanismos de defesa para tutelar os direitos dos indivíduos no polo de uma relação jurídica. Sendo a desconsideração da personalidade jurídica um meio para a defesa dos indivíduos que pode ser utilizado na via inversa quando for de seu interesse.

O polo que é considerado mais forte dentro da relação jurídica pode utilizar dissimulações para causar uma confusão patrimonial, passando os seus bens para uma pessoa jurídica, realizar uma falsa doação de bens dentre outras maneiras ardilosas, ou seja, retirar os bens de sua propriedade, impedir que seja realizada a meação de bens de maneira justa e igualitária e posteriormente retornar com os bens para si se eximindo de suas obrigações legais. Desse modo o incidente processual da desconsideração da personalidade jurídica inversa vem como um incidente de solução. É um meio processual cuja finalidade é inibir a má-fé do litigante, comprometendo-se com a segurança jurídica e efetividade do processo, garantindo assim ao cônjuge ou companheiro o que lhe é de direito.

Concluindo que o instituto tem grande aplicação no judiciário, dentro das ações de divórcio e dissolução da união estável, sendo o meio mais eficaz de evitar fraudes a meação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União Estável, artigo publicado na revista advogado nº 58, AASP, São Paulo, Março/2000. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/255268/tudo-que-voce-sempre-quis-saber-sobre-a-uniao-estavel>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BOMZANINI, Jéssica Franceschini. O Casamento e a união estável, na doutrina na lei e na jurisprudência. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/153064/000951669.pdf?sequence=1>. Acesso em 20/03/2020.

BORGES, Renata Menezes; NASCIMENTO, Luane Silva. A APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS CASOS DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. Disponível em: <http://45.4.96.19/bitstream/aee/4822/1/Renata%20Menezes%20Borges.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRAGA, Bruna Sobral. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES FAMILIARES. Disponível em: <file:///C:/Users/mevol/Downloads/29-54-1-SM.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

Código de Processo Civil 2015. *Vade mecum*. Ed. Saraiva. 25ª Edição. 2018. São Paulo.

DE CAMPOS, Renato Luiz Franco. Desconsideração da personalidade jurídica: limitações e aplicação no direito de família e sucessões. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde01032016115130/publico/Renato_Luiz_Franco_de_Campos_Dissertacao.pdf. Acesso em: 23 jul. 2020.

CONSULTOR JURÚDICO. Máscara na Partilha. Desconsideração inversa de PJ protege direito de cônjuge. <https://www.conjur.com.br/2013-dez-08/desconsideracao-inversa-pessoa-juridica-protege-direito-conjuge>. Acesso em: 29 jul. 2020.

EMILIANO, Eurípedes de Oliveira. Considerações a respeito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39937/consideracoesarespeito-do-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica>. Acesso em: 23 jul. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2014.

FERNANDES, Joyce Barrozo. A desconsideração da personalidade jurídica no CPC/15. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/283119/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-cpc-15>. Acesso em: 23 jul. 2020.

FURTADO, Mayke Éricson; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. A desconsideração da personalidade jurídica e o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43855/a-desconsideracao>. Acesso em: 23 jul. 2020.

JATOBÁ, Clever. Casamento: Conceito e Natureza Jurídica - Parte I. Disponível em: <https://dellacellasouzaadvogados.jusbrasil.com.br/noticias/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Jurisprudência. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/656867793/7143340220188070000-segredo-de-justica-0714334-0220188070000?ref=serp>. Acesso em: 05 ag. 2020.

Jurisprudência. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825743893/apelacao-civel-ac-10639121820188260100-sp-1063912-1820188260100/inteiro-teor-825743913?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 ag. 2020.

LOPES, Sávio Oliveira. A desconsideração da personalidade jurídica à luz do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9191/A-desconsideracao-da-personalidade-juridica-a-luz-do-novo-Codigo-de-Processo-Civil>. Acesso em: 23 jul. 2020.

MADALENO, Rolf. A fraude material na união estável e conjugal Disponível em: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-fraude-material-na-uniao-estavel-e-conjugal>. Acesso em: 19/08/2020.

RECK, Josiele Gülден. Desconsideração da personalidade jurídica: contorno ao princípio da autonomia patrimonial. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10722/Desconsideracao-da-personalidade-juridica-contorno-ao-principio-da-autonomia-patrimonial>. Acesso em: 23 jul. 2020.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, n. 410, a. 58, dez. 1969.

REVISTA ENCONTRO BH. Quais os direitos de uma união homoafetiva? <https://www.revistaencontro.com.br/canal/comportamento/2019/01/quais-os-direitos-de-uma-uniao-homoafetiva.html>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. A dissolução da sociedade conjugal e a dissolução do vínculo matrimonial. Consequências. <https://jus.com.br/artigos/51293/a-dissolucao-da-sociedade-conjugal-e-a-dissolucao-do-vinculo-matrimonial-consequencias>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. Algumas anotações sobre a Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77296/algumas-annotacoes-sobre-a-desconsideracao-inversa-da-personalidade-juridica>. Acesso em: 19/08/2020.

SABINO, Eduardo. A teoria da desconsideração (inversa) da personalidade jurídica à luz do CPC. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-30/eduardo-sabino-desconsideracao-inversa-personalidade-juridica>. Acesso em: 23 jul. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. Editora Forense. 2016. Ed. 57. Rio de Janeiro. <https://doi.org/10.15601/2237-955X/dih.v16n16p1-8>

DIREITO AO NOME: O SUB-REGISTRO CIVIL À LUZ DA OBRA VIDAS SECAS DE GRACILIANO RAMOS

Leticia Rodrigues Biassoti, Flavia Caroline Marsola

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: leticiabiassoti@outlook.com

RESUMO

O presente artigo teve como objetivo representar por meio dos personagens “Menino Mais Velho” e “Menino mais Novo” da obra “Vidas Secas” de Graciliano Ramos, o fenômeno do sub-registro de nascimento civil, visando refletir sobre a importância de mecanismos de combate. A metodologia aplicada foi a pesquisa qualitativa, com o uso do método indutivo e levantamento de dados realizados por meio da pesquisa bibliográfica. Com isso, observou-se que apesar da existência de projetos de itinerância, o país ainda carece de maiores intervenções.

Palavras-chaves: Direito ao nome. Identidade. Registro Civil. Direito. Literatura.

RIGHT TO THE NAME: CIVIL SUB-REGISTRATION UNDER THE VIEW OF THE WORK DRY LIVES OF GRACILIANO RAMOS

Name, civil registry, literature.

ABSTRACT

This article had as goal to represent the phenomenon of sub-registration of civil birth through the characters “Menino Mais Velho” and “Menino Mais Novo” of the work “Vidas Secas” by Graciliano Ramos, aiming to reflect on the importance of combat mechanisms. The qualitative research was applied with the use of the inductive method and data collection through bibliographic research. It was observed that despite the existence of itinerancy projects, the country still lacks major interventions.

Keywords: Right to the name. Identity. Civil Registry. Law. Literature.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea se defronta cada vez mais com cenários críticos, reveladores da existência de desigualdade e mazelas sociais, que instigam a reflexão e o levantamento de debates acerca do tema. Nessa circunstância, os operadores do Direito ganham ainda mais importância, já que, por serem os instrumentos constitucionais da justiça, têm nas mãos a oportunidade tornar essa luta efetiva.

A contemplação das adversidades nem sempre se demonstra de forma clara e objetiva, uma vez que pode estar nas entrelinhas de determinados assuntos ou materiais analisados. Aos juristas, compete adquirir a habilidade de identificar o que está oculto, como realizar uma leitura crítica de livros não jurídicos – de entretenimento –, visto que o Direito está em tudo e é destinado a todos.

Deste modo, atrelando os dois ramos: direito e literatura, o objetivo do presente artigo é representar por meio dos personagens Menino Mais Velho e Menino Mais Novo, da obra Vidas Secas de Graciliano Ramos, o fenômeno do sub-registro de nascimento civil, a fim de refletir sobre a importância dos mecanismos de combate nessa conjuntura.

METODOLOGIA

O presente trabalho vale-se do método indutivo, do qual, partindo de dados particulares (circunstâncias sociais dos personagens Menino Mais Velho e Menino mais Novo), infere-se em uma verdade geral (sub-registro de nascimento civil no Brasil). “O objetivo dos argumentos indutivos é levar a

conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.” (MARCONI; LAKATOS, p. 82, 2019)

Em relação à pesquisa, utiliza-se a qualitativa, haja vista a postura adotada pelo pesquisador frente ao estudo. Este busca explicar o porquê das coisas, sem recorrer a números e informações quantificáveis, os dados analisados são não-métricos, possibilitando a criação de hipóteses do que poderia ou não ser feito, com reflexões e trocas simbólicas. (GERHARDT; SILVEIRA, 2009). Aplica-se esta modalidade quando intenta-se descrever o objeto de estudo com mais profundidade. (MASCARENHAS, 2012)

Para realizar o levantamento dos dados, adota-se a pesquisa bibliográfica, método indispensável para qualquer espécie de pesquisa, uma vez que proporciona o estudo do estado da arte do tema, a construção da fundamentação teórica, “[...] busca-se conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas do passado sobre determinado assunto, tema ou problema.” (CERVO; BERVIAN; SILVA, 2007, p. 60) O conteúdo é constituído com base em textos já tornados públicos e disponíveis para livre acesso, encontrados em doutrinas, artigos científicos, jornais, revistas, etc. (MARCONI; LAKATOS, 2019)

DISCUSSÃO

Interdisciplinaridade

A interdisciplinaridade se refere ao processo de ligação entre duas ou mais disciplinas a partir de algo considerado direta ou indiretamente comum entre elas. O diálogo entre as diversas ciências é oportunizado, surgindo um novo saber, dinâmico e completo, considerado como um todo e não mais como fragmentos de partes distantes ou ilhas isoladas. (MEDEIROS, 2018) Durante esse processo, a convergência permite a troca de conhecimentos, enriquecendo assim as possibilidades de aprendizado. (LIBÓRIO, 2018)

Desta forma, a conexão entre o direito e a literatura se faz necessária, como bem pontua Santana (2007, p. 2):

Ambos são reflexos da cultura de um povo, passíveis de se complementar e de evidenciar que a literatura expressa a vivência de uma determinada sociedade e que, ainda que no campo mais longínquo da ficção, guarda relações íntimas com a realidade de onde nascem as leis e suas ficções jurídicas.

As duas áreas indubitavelmente se complementam, já que as obras literárias fornecem aos operadores de Direito a possibilidade de ampliar seus horizontes, um escape do aprendizado pragmático existente nos bancos das universidades. Além disso, é explorada a habilidade de enxergar a verdade nas entrelinhas das narrativas, seja com uso de metáforas, dialetos, rimas, estética de escrita diferenciada. Com a conjugação dos saberes, é possível compreender que o Direito, o senso de justo e as denúncias sociais estão em tudo e em todos, nos mais diversos livros e nos mais diversos personagens. (BIASSOTI; MORONG; MARSOLA, 2017)

Vidas Secas

O romance “Vidas Secas” de Graciliano Ramos retrata as condições miseráveis de vida de uma família nordestina que continuamente foge da seca que assola o sertão. Fabiano, o pai, Sinhá Vitória, a mãe, O Menino Mais Novo, O Menino Mais Velho, os filhos, e Baleia, a cachorra, são caracterizados como retirantes.

A obra é composta por 13 capítulos considerados desconexos, visto que podem ser lidos sem respeitar a ordem pré-definida, essa mudança não implica no desentendimento da história que, de maneira geral, apresenta a realidade de se viver à mercê das estações, das condições climáticas e das humilhações, a fim de obter o mínimo para subsistência. Apesar de ter sido ambientada na Caatinga, “[...] sua universalidade é incontestável, por tratar de temas contemporâneos e cada vez mais comuns a diversos países, especialmente aqueles considerados em desenvolvimento.” (LETRAS AMBIENTAIS, 2018, não paginado)

Os personagens sofrem o processo de zoomorfização ou animalização, devido às circunstâncias, possuem comportamentos comparados aos de animais, observados principalmente na deficiência da fala, no modo e jeito de se expressar. Nesse ponto, destacam-se os filhos, como é visto no trecho abaixo:

Como não sabia falar direito, o menino **balbuciava** expressões complicadas, repetia as sílabas, **imitava os berros dos animais**, o barulho do vento, o som dos galhos que rangiam a catinga, **roçando-se**. Agora tinha tido a ideia de aprender uma palavra, com certeza importante porque figurava na conversa de sinha Terta. Ia decorá-la e transmiti-la ao irmão e à cachorra. Baleia permaneceria indiferente, mas o irmão se admiraria, invejoso. (RAMOS, 2016, p. 59, grifo nosso)

Apesar dos Meninos serem figuras secundárias, eles reproduzem o que veem no pai (protagonista) e diferentemente dos demais não possuem sequer nome próprio, enquanto até o cachorro de estimação tem, “[...] Eles carregam a ‘identidade’ das famílias que ainda hoje vivem o descaso social e a exploração humana no país” (KIYOMURA, 2018, não paginado), fato este que vai ao encontro do objeto do estudo.

Direito à identificação pessoal

De acordo com Brandelli (2012), o direito à identificação pessoal advém dos direitos da personalidade, isso, pois, o nome estabelece a situação jurídica de tutela. Gonçalves (2019), por sua vez, entende que esse direito é, na verdade, uma espécie dos direitos da personalidade, em razão de todo indivíduo ter o direito de ser apresentado à sociedade com uma denominação própria, tratando-se, assim, de uma questão de integridade moral.

Inobstante a posição doutrinária que se adote, há de se ressaltar um aspecto incontroverso: o nome e a identificação pessoal decorrem dos direitos da personalidade. Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa humana, incorporados e reconhecidos pela doutrina e protegidos pela jurisprudência ao longo da evolução do Direito, uma vez que o homem deixa de ser considerado detentor de direitos somente no que diz respeito ao seu patrimônio, passando a ser reconhecido em sua essência como indivíduo. (GONÇALVES, 2019)

Os direitos inalienáveis são antagônicos aos economicamente mensuráveis, destacando-se entre eles, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra, (GONÇALVES, 2019) previstos em capítulo próprio no Código Civil, que demonstra “[...] a modificação axiológica da codificação brasileira, que deixa de ter um perfil essencialmente patrimonial, característico do código civil de 1916, estando em perfeita sintonia com o espírito da constituição cidadã de 1988.” (GAGLIANO; FILHO, 2019, p. 211)

Gagliano e Filho (2019) consideram a previsão legal dos direitos da personalidade como forma de dignificar o homem. Brandelli (2012), nessa lógica, enuncia que o direito ao nome é uma concretização da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento da personalidade. “É direito ínsito à essência humana o direito primeiro de, uma vez nascido, distinguir-se dos demais, como ser único que é.” (BRANDELLI, 2012, p. 58)

Portanto, o direito ao nome é um direito fundamental de alta relevância, já que garante a todos os indivíduos uma identidade e a sua individualização perante a sociedade, permitindo que se refira a outrem de maneira única, exclusiva e inconfundível. O nome e a personalidade são indissociáveis, e, em razão da sua pronúncia, surgem todos os atributos desta: “o nome identifica-se com a própria personalidade humana. O nome cola-se à personalidade, funde-se com ela, e passam a ser um corpo só.” (BRANDELLI, 2012, p. 113)

Registro civil da pessoa natural

Em âmbito público, o Estado utiliza o nome como fator de identificação social, enquanto que na esfera privada ele é considerado elemento essencial para o exercício dos direitos e cumprimento das obrigações. (VENOSA, 2020) Em ambas as hipóteses, o nome é salientado como principal elemento de individualização da pessoa, e é o Registro Civil das Pessoas Naturais que concretiza este direito, tornando-o público e perpétuo. (CASSETTARI, 2014)

A legislação infraconstitucional estabelece não só o direito ao nome, mas o dever a ele. A Lei nº 6.015/73 - Lei de Registros Públicos, traz em seu art. 52 a obrigatoriedade de efetuar declaração de nascimento, exigindo sem ressalvas, no art. 54, a indicação de um nome para a criança ao nascer, não

sendo lícito que qualquer pessoa deixe de ter um nome, “ o nome é antes um dever que um direito.” (SCHREIBER, 2014, p. 193)

Cassettari (2014), expõe que não há nada mais assustador para um jurista que a falta de registro, eis que, sem este documento não há individualidade, e sem individualidade há o retorno da forma primitiva e bruta das relações sociais, deixando então de ser pessoa ao menos para o mundo do direito, tornando-se um fantasma:

O exercício da cidadania depende do registro civil de nascimento e da documentação básica, pois, em um Estado democrático, tal exercício se manifesta pela participação do cidadão, o que não seria possível na situação de exclusão e até de “inexistência” causada pela falta de documentação e de registro. (CASSETTARI, 2014, p. 19)

O pleno exercício da dignidade humana só é alcançado se o indivíduo possuir consciência de sua identidade, se reconhecendo como sujeito de direitos, compreendendo a sua própria singularidade e importância para o Estado e para a sociedade. (SCHREIBER, 2014)

Observa-se que o registro civil de nascimento é de vital importância. Todavia, há um fenômeno adverso ainda presente no território nacional: o sub-registro de nascimento, que consiste no conjunto de nascimentos ocorridos em determinado ano e não registrados naquele mesmo ano ou até o fim do primeiro trimestre do subsequente. (CASSETTARI, 2014)

Ficção e realidade - sub-registro de nascimento

O Menino Mais Velho e o Menino Mais Novo nasceram com a publicação da obra *Vidas Secas* em 1938 e mesmo após 82 anos, a realidade da falta de identificação persiste e é vivenciada por uma parcela da população brasileira. Em 2013, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) divulgou um relatório em que, quase 230 milhões de crianças menores de 5 anos de idade, não possuíam registro. No Brasil, de acordo com o Censo Demográfico de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cerca de 600 mil crianças permanecem invisíveis aos olhos do Estado por não serem registradas, sendo que 400 mil residem nas regiões Norte e Nordeste. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2013)

As crianças de até dez anos também fazem parte da estatística nacional. Em 2010, a estimativa para essa faixa etária era de aproximadamente 160 mil. Passados cinco anos, este número pouco reduziu, tendo uma queda para mais 130 mil sem registro. Os dados foram obtidos por meio da comparação do Censo/2010 e da última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios anual feita pelo IBGE em 2015. (SILVA, 2019, não paginado)

O Governo Federal satisfatoriamente divulgou que em 2014 o sub-registro civil de nascimento caiu para 1%, uma relevante mudança, visto que os dados referentes ao ano de 2004 apresentavam um índice de 17%. No entanto, o avanço não foi igualitário em todas as localidades no Brasil, o Norte e Nordeste possuem altos percentuais de sub-registro civil de nascimento, 12, 5% no Norte e 11,9% no Nordeste. (GOVERNO FEDERAL, 2015, não paginado)

Segundo o IBGE, um em cada 441 amazonenses não possui certidão de nascimento. Em 2018, a população do Estado de Amazonas era de 4,1 milhões de habitantes, e dos 80,8 mil registros civis emitidos, 71,5 mil eram de bebês nascidos naquele ano, o restante de anos anteriores. Em 2017, 9,3 mil pessoas obtiveram o registro com mais de três anos de atraso. Essa situação se agrava ainda mais no município de Novo Airão, situado a 115 quilômetros de Manaus. Em 2018, de 1.144 certidões emitidas, apenas 317 eram do mesmo ano do nascimento, as 827 restantes pertenciam aos anos anteriores. (VENTURA, 2019, não paginado)

Geeta Rao Gupta (2013), diretora executiva adjunta do UNICEF, defende que o registro de nascimento é fundamental para [...] garantir que as crianças não sejam esquecidas, não tenham seus direitos negados ou deixem de se beneficiar dos avanços de suas nações.” (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2013)

Frequentemente, as crianças não registradas ficam sem acesso aos serviços públicos básicos, como o Sistema Único de Saúde (SUS) e o ensino público gratuito, uma vez que o registro é o instrumento primário para o exercício da cidadania e a inexistência dele também implica na falta de conhecimento pelo governo acerca de sua própria população, prejudicando o planejamento e a execução de políticas públicas. (SILVA, 2019, não paginado)

O principal fator que leva os pais não efetuarem o registro dos filhos é a falta de informação, cumulada com o desconhecimento das leis e dos procedimentos necessários para a realização dessa formalidade. Os nascimentos não certificados demonstram a desigualdade em uma sociedade. As crianças mais afetadas comumente habitam nas áreas rurais ou isoladas, são pobres ou filhos de pais com baixa escolaridade. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2013)

A representação da falta de escolaridade pode ser vista no romance de Graciliano Ramos: Fabiano sentia-se como um “bruto” e pensava o mesmo em relação aos seus filhos, já que nenhum deles frequentou a escola, e por esse motivo acreditava que os meninos seriam vítimas de humilhações e opressões iguais às que sofreu no futuro. “A opressão e a pauperização agem sobre os indivíduos produzindo um processo de perda de identidade.” (FERREIRA, 2014, p. 62)

Diante disso, surgem ações visando o combate desses acontecimentos, tais como programas sociais, medidas legislativas, campanhas e políticas públicas, envolvendo sobretudo a Secretaria dos Direitos Humanos, Associação dos Registradores de Pessoas Naturais, Associações dos Notários e Registradores das Corregedorias da Justiça dos Estados, e o Conselho Nacional de Justiça. (CASSETTARI, 2014) Em destaque neste trabalho, a Justiça Itinerante.

Justiça Itinerante

A Justiça Itinerante é uma inovação para o fornecimento de acesso à justiça. Por meio de unidades móveis (geralmente ônibus), a atividade jurisdicional do Estado chega até os locais mais remotos e necessitados. (CARVALHO, 2014). A maior parte dos atendimentos é prestado a pessoas carentes que na maioria dos casos, sequer possuem documentos de identificação própria. Essa modalidade de prestação estatal foi instituída pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual determinou aos tribunais do país a elaboração de projetos de itinerância. (REDAÇÃO, 2019)

Diversos estados do país já desenvolveram os projetos e atualmente os executam com efetividade, conforme se observa com as referências obtidas a respeito de Roraima, Amazonas, Rio de Janeiro e São Paulo.

Em janeiro deste ano, na plataforma online G1 foi publicada a manchete “Justiça Itinerante do TJRR divulga calendário de atendimentos em 2020”, isto significa que antes da pandemia causada pelo novo coronavírus que ainda assola o Brasil e o mundo, a programação do atendimento em Roraima já havia sido estabelecida pela Vara da Justiça Itinerante do Tribunal de Justiça local, atestando a existência real de funcionamento. (G1 RR, 2020)

Apesar do cenário pandêmico, o juiz titular Erick Linhares (2020, não paginado) disse que o atendimento à população foi mantido, mas por intermédio da internet e dos aparelhos eletrônicos: “[...] todos os dias estão realizando conciliação. Estamos nos adaptando a essa nova forma de trabalhar, mas estamos conseguindo alcançar resultados.”

Em Roraima, são oferecidos diversos serviços cíveis, como divórcio consensual, declaração de união estável, revisional de alimentos, ação de cobrança, reconhecimento de paternidade, e em destaque neste trabalho, o registro de nascimento. (G1 RR, 2020) Em 2018, a Vara realizou atendimento na comunidade indígena Waimiri Atroari, ocasião que oportunizou a um dos membros, Meki Mércio Atroari, registrar de uma só vez todos os seus 14 filhos. (SINOREG-ES, 2018)

Já no Amazonas, o Programa Justiça Itinerante foi destacado como modelo de sucesso pelo Corregedor Nacional de Justiça, ministro Humberto Martins (2019, não paginado) que ratificou a importância da itinerância:

“[...] A efetividade das políticas de asseguramento do **pleno respeito aos direitos fundamentais não deve ignorar a Justiça itinerante**, que pode ter muitas formas de atuação, já que as normas constitucionais são de caráter aberto e, assim, cada tribunal pode adequá-las às suas particulares necessidades”. (grifo nosso)

A atual coordenadora, juíza Vanessa Leite Mota (2019, não paginado) ressalta que o Estado possui grandes dimensões com características geográficas peculiares, gerando o dever de atuar das mais variadas maneiras possíveis, a fim de atingir os objetivos esperados, operando por meio de ônibus, avião e até mesmo de barco. No ano passado, tais empenhos apresentaram resultados promissores. Nos quatro primeiros meses de 2019, 2.329 pessoas já haviam sido atendidas, localizadas na capital e em municípios do

interior, nesse período também foram realizadas 617 audiências, 392 acordos e emissão de 377 registros de nascimento.

No estado do Rio de Janeiro, é notável uma significativa inovação, pois além de existir o Programa Justiça Itinerante com foco nos atendimentos relacionados a matérias de ordem cível e consumerista, houve a criação de uma Justiça Itinerante Especializada na Erradicação do Sub-registro de Nascimento. (PJERJ, 2020) Para a iniciativa, foi considerado o princípio constitucional da dignidade humana como um dos pilares da sociedade – que só ganha existência com a redução das desigualdades sociais –, incluindo o direito ao registro de nascimento, documento indispensável para o usufruto e exercício dos direitos fundamentais. (IBDFAM, 2014)

Em última análise, São Paulo. No estado, não obstante a existência da Justiça Itinerante, se instituiu um novo e pioneiro projeto idealizado pela Associação dos Registradores de Pessoas Naturais (Arpen-SP): o Registro Civil Itinerante ou cartório móvel. A missão é alcançar os locais mais distantes do Estado por meio de um trailer, equipado com computadores, impressoras, materiais de papelaria e folhetos explicativos. Os serviços prestados são referentes aqueles oferecidos dentro dos cartórios, em destaque, a certidão de nascimento. De 2004 até os dias atuais, já foram realizadas 26 mobilizações nas periferias e mais de 3.970 mil atos gratuitos. (ARPEN, 2020)

CONCLUSÃO

Por meio da interdisciplinaridade, áreas consideradas díspares podem ser unidas trazendo reflexões e demonstrações de realidades antes inimagináveis, conforme se observa no presente trabalho mediante a junção do Direito e da Literatura nacional regionalista - *Vidas Secas* de Graciliano Ramos. Além da desigualdade social, a obra evidencia outras problemáticas presentes no território nacional, como a falta de registro civil e o acesso à justiça.

Com o encontro das duas áreas, os personagens antes secundários tornam-se principais e importantes a medida em que denunciam o sub-registro de nascimento civil, experiência de milhares de brasileiros que desconhecem os seus direitos e suas garantias legais devido à ausência de identidade. O nome – expressão da dignidade e um dos mais importantes direitos da personalidade, inato a qualidade e condição da pessoa humana – por ser tão comum, passa despercebido aos olhos da sociedade.

Em razão disso, surgem políticas, projetos e mobilizações governamentais e estatais para o combate deste fenômeno. Em destaque, a justiça itinerante, um novo modo de alcançar os que mais necessitam de tutela jurisdicional em razão das injustiças encontradas no país. Apesar das intervenções de itinerância terem se demonstrado efetivas, é necessário a existência de mais propostas como as realizadas pela Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo – Registro Civil Itinerante – haja vista a prestação específica de serviços cartorários.

A Justiça no Brasil é vista por muitos como morosa, dispendiosa e destinada somente a uma parcela da população, fato que desestimula a procura pelos serviços jurídicos, mesmo quando promovidos de forma gratuita pela justiça itinerante. Todavia, quando as pessoas se deparam com assuntos relacionados a expedição de certidões e documentos em geral, compreendem de outra maneira, como algo palpável e simples, sem perceberem que na verdade, se trata de outra face da Justiça, tão importante quanto aquela.

Destarte, se justifica a primordialidade da instituição de mais Registros Cíveis Itinerantes para combater o sub-registro de nascimento civil ainda com grande grau de concentração nas regiões mais carentes e alienadas do Brasil, o Norte e o Nordeste.

REFERÊNCIAS

BIASSOTI, L. R.; MORONG, F.; MARSOLA, F. **Acesso à Justiça à luz da obra *Vidas Secas* de Graciliano Ramos**. 2017. Disponível em: <http://www.unoeste.br/site/enepe/2017/suplementos/area/Socialis/01%20-%20Direito/ACESSO%20%C3%80%20JUSTI%C3%87A%20%C3%80%20LUZ%20DA%20OBRA%20VIDAS%20E-CAS%20DE%20GRACILIANO%20RAMOS.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRANDELLI, L. **Nome civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502173286/cfi/0>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CARVALHO, W. **Justiça Itinerante**: saiba mais sobre essa importante ferramenta de cidadania. 2014. Disponível em: <https://www.boavontade.com/pt/dia-dia/justica-itinerante-saiba-mais-sobre-essa-importante-ferramenta-de-cidadania>. Acesso em: 07 ago. 2020.

CASSETTARI, C. (coord) **Registro civil das pessoas naturais**: parte geral e registro de nascimento. Coleção cartórios. v. 1 São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502224087/cfi/0>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CERVO, A.; BERVIAN, P.; SILVA, R. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

FERREIRA, J. C. **Sociedade, cultura e identidade em Vidas Secas, de Graciliano Ramos e Os Magros, de Euclides Neto**. 2014. 159 f. Dissertação (Mestrado em Estudos da Linguagem). Universidade Federal de Goiás, Regional Catalão, 2014. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/4585/5/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Juliana%20Cristina%20Ferreira%20-%202014.pdf>, Acesso em: 30 jul. 2020.

G1 RR. **Justiça Itinerante do TJRR divulga calendário de atendimentos em 2020**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2020/01/24/justica-itinerante-do-tjrr-divulga-calendario-de-atendimentos-em-2020.ghtml>. Acesso em: 07 ago. 2020.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil, volume 1**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609505/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 04 ago. 2020.

GERHARDT, T.E; SILVEIRA, D.T. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2020.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro, volume 1**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608461/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 04 ago. 2020.

GOVERNO FEDERAL. **Brasil erradica sub-registro civil de nascimento**. 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/2015/dezembro/brasil-erradica-sub-registro-civil-de-nascimento>. Acesso em: 16 ago. 2020.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Justiça Itinerante irá atuar na erradicação do sub-registro de nascimento**. 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/namidia/8300/Justi%C3%A7a+Itinerante+ir%C3%A1+atuar+na+erradica%C3%A7%C3%A3o+do+sub-registro+de+nascimento>. Acesso em: 07 ago. 2020.

KIYOMURA, L. **“Vidas Secas” denuncia o descaso social e a exploração humana**: Obra de Graciliano Ramos retrata o drama de uma família nordestina, comum ainda hoje no Brasil. Jornal da USP. 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/cultura/vidas-secas-denuncia-o-descaso-social-e-a-exploracao-humana/>. Acesso em: 30 jul. 2020.

LETRAS AMBIENTAIS. **Vidas Secas, 80 anos**: 7 lições que continuam atuais. 2018. Disponível em: <https://letrasambientais.org.br/posts/vidas-secas,-80-anos:-7-liceos-que-continuam-atuais>. Acesso em: 23 jul. 2020.

LIBÓRIO, D. **Multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdisciplinaridade – Diferenças e convergências**. 2018. Disponível em: <https://canaldoensino.com.br/blog/multidisciplinaridade-interdisciplinaridade-e-transdisciplinaridade-diferencas-e-convergencias>. Acesso em: 05 ago. 2020.

LINHARES, E. Notícias de Roraima, Boletim TJRR. [Entrevista concedida a]. Márcio Coêlho. **Tribos de Roraima**. 2020. Disponível em: <http://tribosderoraima.com.br/site/2020/03/26/noticias-de-roraima-durante-o-periodo-em-que-perdurar-o-trabalho-remoto-nos-cinco-campi-e-na-reitoria-do-instituto-federal-de-roraima-ifrr-os-servidores-devem-fazer-o-preenchimento-do-relatorio-s/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MARCONI, M. D. A; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010770/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 05 ago. 2020.

MARTINS, H. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. TJAM. **Programa Justiça Itinerante do TJAM é destacado como modelo de sucesso pelo corregedor nacional de Justiça**. [Entrevista concedida a] Terezinha Torres. 2019. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/1570-programa-justica-itinerante-do-tjam-e-destacado-como-modelo-de-sucesso-pelo-corregedor-nacional-de-justica>. Acesso em: 07 ago. 2020

MASCARENHAS, S. A. **Metodologia científica**. São Paulo: Perason Education do Brasil, 2012. Disponível em: <https://bv4.digitalpages.com.br/?term=metodologia&searchpage=1&filtro=todos&from=busca&page=0&action=0#/edicao/3063>. Acesso em: 05 ago. 2020

MEDEIROS, A. M. **Interdisciplinaridade e Transdisciplinaridade**. 2018. Disponível em: <https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/interdisciplinaridade-e-transdisciplinaridade/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

MOTA, V. L. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. TJAM. **Programa Justiça Itinerante do TJAM é destacado como modelo de sucesso pelo corregedor nacional de Justiça**. [Entrevista concedida a] Terezinha Torres. 2019. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/1570-programa-justica-itinerante-do-tjam-e-destacado-como-modelo-de-sucesso-pelo-corregedor-nacional-de-justica>. Acesso em: 07 ago. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Uma em cada três crianças com menos de 5 anos no mundo não existe oficialmente, alerta UNICEF**. 2013. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/uma-em-cada-tres-criancas-com-menos-de-5-anos-no-mundo-nao-existe-oficialmente-alerta-unicef/#:~:text=Situa%C3%A7%C3%A3o%20no%20Brasil&text=No%20entanto%2C%20de%20acordo%20com,m,mais%20grave%20entre%20crian%C3%A7as%20ind%C3%ADgenas>. Acesso em: 24 jul. 2020.

PJERJ. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. **Justiça Itinerante**. 2020. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/projetosespeciais/justicaitinerante>, Acesso em: 07 ago. 2020.

RAMOS, G. **Vidas Secas**. 131 ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

REDAÇÃO. Instituto Justiça & Cidadania. **Justiça Itinerante: Jurisdição mais rápida, próxima e humana**. 2019. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/justica-itinerante-jurisdiacao-mais-rapida-proxima-e-humana/>. Acesso em: 07 ago. 2020.

SANTANA, C. R. **Vidas Secas de Direitos: desconstrução e alteridade como possibilidades para o reconhecimento**. Revista Eletrônica do CEJUR, Curitiba, PR, a. 2, v. 1, n. 2, ago. 2007. Disponível em:

<https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16745/11132>. Acesso em: 30 jul. 2020.

<https://doi.org/10.5380/cejur.v1i2.16745>

SCHREIBER, A. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São paulo: Atlas, 2014. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493449/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 30 jul. 2020.

SILVA, R. A. **Número de crianças sem registro de nascimento cresce em 9 estados**. Instituto Lula. 2018.

Disponível em: <https://institutolula.org/numero-de-criancas-sem-registro-de-nascimento-cresce-em-9-estados>. Acesso: 29 jul. 2020.

SINOREG-ES. **RR: Pai registra 14 filhos durante ação da Justiça itinerante em terra indígena**. 2018.

Disponível em: [https://www.sinoreg-](https://www.sinoreg-es.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NTY5OA==&filtro=)

[es.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NTY5OA==&filtro=](https://www.sinoreg-es.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NTY5OA==&filtro=) . Acesso em: 10 ago. 2020.

VENOSA, S. D. S. **Direito civil: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024654/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>. Acesso em: 04 ago. 2020.

VENTURA, I. Registros de filhos com atraso no AM deixam crianças sem Certidão por mais de três anos.

Atual Amazonas. 2019. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/registros-de-filhos-com-atraso-deixam-criancas-sem-certidao-por-mais-de-tres-anos-no-amazonas/>. Acesso em: 24 jul. 2020.

ESTADO LAICO: UTOPIA BRASILEIRA

Joao Pedro Martins Nascimento, Francislaine De Almeida Coimbra Strasser

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: jp98martins@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo visa analisar a laicidade do Estado Brasileiro. Pretende-se mostrar que mesmo o Brasil sendo um Estado Laico, enquanto princípio regente na democracia, para assegurar e estabelecer parâmetros de convivência entre convicções morais dissonantes vigentes nas sociedades contemporâneas, acaba por assumir o lado de uma religião específica, em que dispositivos constitucionais são esgrimidos para justificar, por exemplo, a crítica a alguma prática religiosa. Analisando desde a primeira Constituição do Brasil, remontando os tempos do Brasil Império, passando pelo Brasil República, até os dias atuais, os tribunais tentam contornar em suas decisões, o que pode ou não em face de uma religião. Casos específicos como ensino religioso em escolas, ou feriados religiosos, além de outros casos que serão mostrados ao longo do estudo, prepondera o questionamento do Estado Laico até que ponto? Conclui-se que o Estado deve defender a dignidade de todos, propiciando a cada um, notadamente aos excluídos que busquem dar sentido as suas vidas. A metodologia aplicada foi a hipotético-dedutiva.

Palavras-Chave: Estado Brasileiro; Estado Laico; Confessional; Democracia; População Brasileira.

LAIC STATE: BRAZILIAN UTOPIA

ABSTRACT:

This article aims to analyze the secularity of the Brazilian State. It aims to show that even though Brazil is a Secular State, as a governing principle in democracy, to ensure and establish parameters of coexistence between dissonant moral convictions in contemporary societies, it ends up taking the side of a specific religion, in which constitutional provisions are wielded for justify, for example, criticism of some religious practice. Analyzing since the first Constitution of Brazil, going back to the times of Brazil Empire, passing through Brazil Republic, to the present day, the courts try to circumvent in their decisions, which may or may not in the face of a religion. Specific cases such as religious teaching in schools, or religious holidays, in addition to other cases that will be shown throughout the study, the question of the Secular State prevails to what extent? It is concluded that the State must defend the dignity of all, providing each one, especially to the excluded who seek to give meaning to their lives. The applied methodology was hypothetical-deductive.

Keywords: Brazilian State; Laic State; Confessional; Democracy; Brazilian population.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país com maior número de cristãos no mundo, são mais de 165 milhões de pessoas com esta crença religiosa. (EXAME, 2015). A explicação é pelo reflexo do passado histórico, ainda remontando aos tempos do Império.

Em razão da colonização do Brasil, de países que tinham uma forte tradição cristã, como Portugal e Espanha, os indígenas que aqui viviam foram catequisados, logo após a chegada dos portugueses em 1500.

Nesse sentido, deve ser enfocada a carta de Pero Vaz de Caminha ao reino de Portugal, e a realização da primeira missa no Brasil. (IHG-DF, 2017).

Assim, é nítido em nossa história colonial a ligação entre a Igreja e o Estado, perdurando até o início da República.

Isso porque a oficialização do Estado Laico ocorreu em 1891, ou seja, quase quatrocentos anos depois da colonização.

Não obstante, tem-se observado um esvaecimento dessa laicidade. (AMBITO JURÍDICO, 2015).

Este artigo pretende indagar a “situação religiosa” do Estado Brasileiro, visando mostrar que mesmo se auto declarando um Estado Laico, o Brasil tem fortes características de um Estado Confessional, dando uma particularidade especial a religião cristã.

MÉTODOS

O artigo foi norteado por pesquisas bibliográficas, leituras e fichamentos, jurisprudências de tribunais superiores além da legislação.

RESULTADOS

Os resultados alcançados pelo presente estudo auxiliarão o debate e reflexão acerca da situação fática do Estado Laico Brasileiro.

O resultado final, traz de forma comprovada que o Brasil possui uma tendência a ser confessional, muito influenciado por sua cultura histórica, em tempos remotos à colonização, e que influenciaram a situação no Brasil moderno.

Após a apresentação e comprovação de que não ocorre a laicidade, faz-se necessário reposicionar as instituições públicas, bem como a sociedade de acordo com os preceitos do Estado Laico.

DISCUSSÃO

NORMA CONSTITUCIONAL

A liberdade de crença era prevista na Constituição do Império, em seu artigo 5º: “[...] A Constituição de 25 de março de 1824, consagrava a plena liberdade de crença, restringindo, porém, a liberdade de culto” (MORAES, p. 48, 2020): “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo”. (BRASIL, 1824).

Nessa época do Império, a Constituinte era composta de vinte e dois padres. (AMBITO JURÍDICO, 2015).

Até na representação política, só seria permitido que deputados fossem eleitos, se tivessem a religião do Estado: “Art. 95. Todos os que podem ser eleitos, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se: III. Os que não professarem a Religião do Estado.” (BRASIL, 1824).

Isto mudou com a primeira Constituição da República, em 1891, em que a República dos Estados Unidos do Brasil tornava-se um Estado Laico: “Art. 11 - É vedado aos Estados, como à União: §2º estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”. (BRASIL, 1891).

Apesar do Estado ser oficialmente laico, a cultura era muito ligada a religião cristã.

Na Constituição Federal de 1988 também se manteve disposições normativas que assegurem a laicidade, mas no preâmbulo contém a expressão “sob a proteção de Deus”:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Sarlet confirma esse paradoxo ao afirmar que: “ainda no que diz respeito à invocação de Deus, seria possível nela identificar uma contradição em relação ao texto constitucional, que institui um Estado Laico, fundado na separação entre Igreja e Estado”. (SARLET, p. 86, 2020).

Outrossim, os dispositivos que consagram a laicidade do Estado brasileiro são:

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:

[...]

VI – É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (BRASIL, 1988).

[...]

"Art. 19: É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (BRASIL, 1988)

Apesar de ser garantido a laicidade, debruçar-se-á sobre o esvaecimento do Estado laico.

ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS

A Constituição Federal disciplina que o ensino religioso é de matrícula facultativa, como dispõe o art. 210 §1º: “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. (BRASIL, 1988)

Ademais, a “Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional”, no art. 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394/1997, também disciplina:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

§ 1º. Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2º. Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (BRASIL, 1997).

Para regulamentar essa lei, foi aprovado o Decreto Legislativo nº 698/2009 pelo acordo entre a Santa Sé, o Vaticano e o governo federal e promulgado o Decreto nº 7.107/2010, que versa sobre o ensinamento religioso em escolas:

Art. 11. [...] § 1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação. (BRASIL, 2010).

Apesar da disciplina de diversidade cultural religiosa, o que se observa é a escolha de uma religião específica, qual seja, a cristã, pela preponderância do número de cristãos no país (EXAME, 2015).

A partir dessas constatações, a Procuradoria-Geral da República (PGR) questionou o modelo de ensino religioso nas escolas da rede pública de ensino do país, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4439, tendo como causa de pedir a interpretação conforme a Constituição Federal ao dispositivo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (caput e parágrafos 1º e 2º, do artigo 33, da Lei 9.394/1996) e ao artigo 11, parágrafo 1º do acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé (promulgado por meio do Decreto 7.107/2010) para assentar que o ensino religioso nas escolas públicas não pode ser vinculado à religião específica. (STF, 2017).

Em seu voto, o relator Ministro Luís Roberto Barroso, trouxe profundas reflexões acerca do tema:

Somente o modelo não confessional de ensino religioso nas escolas públicas é capaz de se compatibilizar com o princípio da laicidade estatal. [...]

Diante desta realidade, o Estado deve desempenhar dois papéis decisivos na sua relação com a religião. Em primeiro lugar, cabe-lhe assegurar a liberdade religiosa, promovendo um ambiente de respeito e segurança para que as pessoas possam viver suas crenças livres de constrangimento ou preconceito. Em segundo lugar, é dever do Estado conservar uma posição de neutralidade no tocante às diferentes religiões, sem privilegiar ou desfavorecer qualquer uma delas. [...]

Todavia, quando o Estado permite que se realize a iniciação ou o aprofundamento dos alunos de escolas públicas em determinada religião, ainda que sem ônus aos cofres públicos, tem-se por quebrada qualquer possibilidade de neutralidade. [...]. Tanto no caso do ensino confessional quanto do ensino interconfessional, é física, operacional e materialmente impossível abrir turmas específicas para que todos os alunos tenham instrução religiosa nas suas respectivas crenças. Nesse contexto, apenas as religiões majoritárias na sociedade brasileira (como as católicas e evangélicas) têm capacidade de credenciar e formar professores suficientes para atender a todas as escolas públicas. Há, por um lado, nítido favorecimento e promoção dessas religiões e, por outro, discriminação e desprestígio das crenças minoritárias [...].

A consequência, então, é a nítida quebra de neutralidade pelo Estado, que não pode usar o seu poder e o seu dinheiro, que pertencem a toda a coletividade, para privilegiar uma ou algumas crenças [...]

Pelas razões acima deduzidas, a conclusão a que se chega é que somente o ensino religioso não confessional, ministrado de modo plural, objetivo e neutro – i.e., sem que as crenças e cosmovisões sejam transmitidas como verdadeiras ou falsas, boas ou más, certas ou erradas, melhores ou piores –, permite realizar o princípio da laicidade estatal, bem como garantir a liberdade religiosa e a igualdade [...].

Por todo o exposto, voto pela procedência dos pedidos formulados nesta ação direta [...] para assentar que o ensino religioso em escolas públicas somente pode ter natureza não confessional, com proibição da admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas. (STF, 2018).

No entanto, apesar das considerações do Ministro Barroso, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439. Por maioria dos votos (6 x 5), os ministros entenderam que o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras pode ter natureza confessional, ou seja, vinculado às diversas religiões. (STF, 2017).

Esta decisão mostra que além das instituições democráticas que se auto dominam laicas, a maioria daqueles que as integram não perfilham desse viés.

FERIADOS RELIGIOSOS

O Brasil contém muitos feriados nacionais em seu calendário oficial, sendo que grande parte são de natureza religiosa, sendo tanto nacionais, estaduais ou municipais. Exemplos:

Sexta Feira Santa, Corpus Christi (âmbito nacional) e Dia da Padroeira, Nossa Senhora Aparecida (Feriado Nacional de acordo com a Lei 6.802/80).

Alagoas: Dia de São João: Lei Estadual: nº 5.508/1993,

Rio de Janeiro: Dia de São Jorge: Lei Estadual nº 5.198/2008,

Tocantins: Dia de Nossa Senhora da Natividade: Lei Estadual: nº 627/1993.

Esse fato, mesmo ocorrendo após a promulgação da Constituição Cidadã, em que já tinha sido institucionalizado o Estado Laico, remonta aos tempos coloniais, de tal sorte que ainda se encontra umbilicalmente ligados à Igreja, o Estado.

CRUCIFIXOS EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS

Mais uma afronta a laicidade do Estado seria a presença de um crucifixo na parede do plenário do STF, representando um paradoxo, pois a Corte Suprema que deve aplicar as normas constitucionais de igualdade, é a mesma que se utiliza de objetos históricos, ou de símbolos culturais religiosos.

Assim, pelo assunto trazer debates institucionais, o Supremo Tribunal Federal (STF) vai decidir se a presença de símbolos religiosos em prédios públicos colide com a laicidade do Estado brasileiro.

O recurso tem origem em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) para que sejam retirados todos os símbolos religiosos, como crucifixos e imagens, de locais de ampla visibilidade e de atendimento ao público nos prédios da União e no Estado de São Paulo. A ação foi julgada improcedente pelo juízo de primeiro grau e pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), que considerou que a presença dos símbolos religiosos é uma reafirmação da liberdade religiosa e do respeito a aspectos culturais da sociedade brasileira.

Contra esse entendimento, o MPF interpôs recurso extraordinário com alegação de ofensa a dispositivos constitucionais sobre o tema (artigos 3º, inciso IV; 5º, caput e inciso VI; 19, inciso I; e 37). O recurso não foi admitido pela Vice-Presidência do TRF-3, razão pela qual foi interposto o ARE 1249095 no Supremo. (STF, 2020).

Apesar do ministro Ricardo Lewandowski, afirmar que “a presença de símbolos religiosos em prédios públicos não colide com a laicidade do Estado brasileiro”, trata-se de “reafirmação da liberdade religiosa e do respeito a aspectos culturais da sociedade brasileira”. (JOTA, 2020).

Tais justificativas não se tornam plausíveis, pois o Poder Público não pode privilegiar determinada orientação religiosa, conforme leciona Sarlet:

O princípio do Estado Laico, por sua vez, também interfere no exercício da liberdade religiosa, pois o Poder Público, não poderá privilegiar determinada orientação religiosa, ainda que majoritária, como, por exemplo, se verifica na discussão em torno da colocação ou não de, de crucifixos em escolas e repartições públicas [...]. (SARLET, p. 542, 2020).

Assim, não se pode considerar um Estado Laico, com atitudes que demonstram um certo favoritismo a uma religião, ainda que seja majoritária.

IMUNIDADE RELIGIOSA

No que toca à imunidade religiosa, o art. 150, VI, “b” da Constituição Federal disciplina: Art. 150, VI, “b”: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, Estados, DF e Municípios: VI - Instituir impostos sobre: b - Templos de qualquer culto. (BRASIL, 1988).

Assim, tal dispositivo constitucional alberga as características de um Estado Laico, pois na redação se lê “templos de qualquer culto”.

Não obstante, na prática ainda se experimenta a facilidade de reconhecimento de templos de cultos cristãos, ferindo a igualdade que deveria ocorrer em relação a outras religiões, como: Umbanda e Candomblé, o que acentua o preconceito, pois mesmo por razões históricas coloniais, trata-se de um país que deveria ser laico, sem justificativas de preferências que são descabidas.

“DEUS SEJA LOUVADO” NAS CÉDULAS DE REAL

A respeito da citada expressão, também reflete no passado histórico, sendo comumente utilizada em cédulas de dinheiro representativo de vários países do mundo, como nos Estados Unidos: “*In God We Trust*”⁴⁶

Não obstante, já houve ajuizamento perante a Justiça Federal contra essa expressão, do Ministério Público Federal em face da União e o BACEN (Banco Central), pleiteando a sua retirada:

IMPRESSÃO DA FRASE DEUS SEJA LOUVADO NO PAPEL MOEDA BRASILEIRO: ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal objetivando a retirada dessa expressão da cédula do Real, à alegação de ofensa contra a liberdade religiosa e de violação dos princípios da laicidade estatal, da liberdade de crença, da isonomia e da legalidade; ação julgada improcedente. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO: o julgamento antecipado da lide conforme o artigo 330, I, do Código de Processo Civil/1973, não configura

⁴⁶ *In God We Trust*. Trata-se do *motto* oficial dos Estados Unidos, em tradução livre, “Em Deus nós confiamos”. De acordo com o "Title 36—Patriotic and National Observances, Ceremonies, and Organizations" Título 36: Observâncias Nacionais e patriotismo, cerimônias e organizações (tradução livre). (Patriotic And National Observances, Ceremonies, And Organizations, 1998).

cerceamento de defesa, na medida em que compete ao magistrado avaliar a necessidade ou não de provas para a formação da sua convicção (STJ - Agnt nos EDcl no AREsp 473.252/SC, Relator Ministro SÉGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 21/02/2017, DJE 27/03/2017, REsp 1338010/SP, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 2/6/2015, DJe 23/06/2015, DEFINIÇÃO DOS TERMOS DEUS E RELIGIÃO: subentende-se, pela simples análise das definições dos termos DEUS e RELIGIÃO, que a expressão Deus seja louvado não privilegia uma outra vertente religiosa, considerando que qualquer uma delas - em seu cerne - cultiva a ideia ou a intuição da existência de uma divindade (monoteístas), ou de várias (politeístas). A LIBERDADE RELIGIOSA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A Constituição Federal -promulgada "sob a proteção de Deus", como ocorreu com outras Cartas à exceção das de 1891 e 1937 - garante a liberdade religiosa, expressada na liberdade de crença, na liberdade de culto e na liberdade de organização religiosa. Ensina José Afonso da Silva que a liberdade de crença inclui a liberdade de escolha de religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade/direito de mudar de religião, a liberdade de não aderir à religião alguma, a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 249). Sob essa ótica, não se pode concordar que a expressão Deus seja louvado enquanto posta na cédula do Real, ofenda o ateu, que - como todo cidadão de um Estado democrático de direito - deve tolerar e respeitar a crença alheia e a exposição pública às manifestações e aos simbolismos religiosos. PRECEDENTE ACERCA DO USO DE CRUCIFIXOS NAS DEPENDÊNCIAS DE ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO: o Conselho Nacional de Justiça, por maioria, no julgamento de quatro pedidos de providência (1344, 1345, 1346, 1362), em 6/6/2007, entendeu que a manutenção de um crucifixo numa sala de audiência não torna o Estado clerical e nem ofende históricas porque sua confecção - iniciada com a cunhagem em cobre, prata e ouro - permitiu às pessoas de seu tempo e à posteridade o conhecimento de aspectos políticos, econômicos e culturais, assim como permitiu, em favor as gerações ulteriores, conhecer alguns procedimentos tecnológicos do passado, os lançamentos e inscrições postos na moeda refletem um povo, sua história, seus costumes. Assim a moeda acaba por expressar fatos relevantes para esse povo, sem exclusividade. O CONSTITUINTE de 1988: diante da vocação religiosa da população brasileira, foi o próprio Constituinte que resolveu invocar-mais uma vez - a proteção de Deus no preâmbulo da Constituição atual, assim refundando o Estado brasileiro pós-ditadura militar sob os auspícios divinos, ainda que tenha sido mantido o Estado laico no art. 19, inciso I, da Constituição Federa. INDEFERIMENTO DO PLEITO MINISTERIAL: referência à divindade - seja no preâmbulo da Constituição, seja nas cédulas monetárias - tem raízes na História brasileira e nos costumes de nosso povo; não é uma afronta a qualquer culto ou religião em particular, menos ainda é um acinte contra os brasileiros que se declaram ateus. Essa prática de referir-se ou dirigir-se a uma divindade - genericamente tratada como Deus - alcançava 73,6% dos brasileiros, em 2016. E está longe de trazer ofensa aos cerca de 8,00% que se dizem sem religião. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região TRF-3 - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA: ApReeNec 0019890-16.2012.4.03.6100 SP. (TRF, 2017).

As diversas justificativas trazidas nessa decisão judicial, revelam novamente a falta de neutralidade por aqueles que proferem tais decisões, como “[...] expressão Deus seja louvado enquanto posta na cédula do Real, ofende o ateu, que - como todo cidadão de um Estado democrático de direito - deve tolerar e respeitar a crença alheia e a exposição pública [...]”.

Ainda: “[...] permitiu às pessoas de seu tempo e à posteridade o conhecimento de aspectos políticos, econômicos e culturais, assim como permitiu, em favor as gerações ulteriores, conhecer alguns procedimentos tecnológicos do passado, [...]”. Relembremos tempos à época da Idade Média, que durante séculos, a igreja possuía o poder central de tudo o que regia e era regido, não existia separação entre Igreja e Estado e a inquisição, remontando tempos sombrios.

“[...] os lançamentos e inscrições postos na moeda refletem um povo, sua história, seus costumes [...]”, costumes e história que muitas das vezes, remonta apenas ao passado cultural europeu, aumentando o negacionismo africano.

Dessa forma, essa expressão não contribui para a neutralidade e efetivação da laicidade do Estado.

HOMESCHOOLING

A educação no Brasil, é tratada como um direito social, elencado no rol de garantias fundamentais da Constituição Federal. Além disso, possui um capítulo próprio na Constituição, com os ditames da Educação no Brasil:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Ter elencado tais direitos e garantias na Constituição, reforça ainda mais a importância da educação perante a sociedade, ainda que se preste na forma pública ou privada. Como ensina José Celso de Mello:

É mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho, e (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação, é uma das formas de realização concreta do ideal democrático. (MELLO, 1986, p. 533).

Dessa forma, a Constituição garante o direito à educação, a sua universalidade perante crianças e adolescentes, de forma que deve ser oferecido pelo poder público de forma gratuita. Nesse sentido o Ministro do STF Celso de Mello:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social” (STF, 2007).

Na Constituição Federal, os fundamentos da educação no Brasil: estão dispostos nos seguintes artigos:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. (BRASIL, 1988).

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria. (BRASIL, 1988).

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe sobre a importância dos pais em proverem a educação de seus filhos: “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos

menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. (BRASIL, 1990)

Além da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei 9.394/96, que assim dispõe: “Art. 6º É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 anos de idade”. (BRASIL, 1996).

Assim, por ser um direito garantido constitucionalmente, se não for assegurada a educação constitui crime, de acordo com o Código Penal (BRASIL, 1943): “Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”, além da responsabilidade civil, de acordo com o Código Civil (BRASIL, 2002): “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação”.

O *Homeschooling* ou o ensino em casa, é uma nova forma de educar, seria a utilização de instrumentos e métodos de ensino domiciliar. Sua proposta vem de encontro à frequência das crianças numa instituição, seja ela escola pública, privada ou cooperativa. (BRASIL ESCOLA, 2020).

No mundo é uma prática comum em alguns países, principalmente países mais desenvolvidos. Já aqui no Brasil o tema encontra-se em debate, pois não há uma legislação que regule tal modalidade.

O tema chegou até o Supremo Tribunal Federal, para julgamento do mérito sobre a matéria, através do RE 888.815. (STF, 2018).

No julgamento fixou-se a tese da não possibilidade de implementação desse sistema de ensino, conforme Tema 822: “não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”. (STF, 2018).

Cumprir citar alguns posicionamentos, os quais formaram a base para a não autorização do *Homeschooling*:

A Procuradoria Geral da República (PGR), se manifestou pelo desprovimento do recurso, afirmando que o “ensino domiciliar (*homeschooling*) para crianças e adolescentes em idade escolar em substituição à educação em estabelecimentos escolares, por opção dos pais ou responsáveis, não encontra fundamento próprio na Constituição Federal”. (MPF, 2018).

Tal posicionamento foi acolhido pela maioria dos Ministros, como o da Ministra Rosa Weber que justificou no passado do Brasil, anterior à Constituição de 1988:

Ministra Rosa Weber: [...] enquanto a Constituição de 1946 previa que a educação dos filhos se dava no lar e na escola, a Carta de 1988 impôs um novo modelo, consagrado entre outros no artigo 208 (parágrafo 3º), segundo o qual “competem ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”. Esse modelo [...], foi regulamentado no plano infraconstitucional por meio da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que falam na obrigatoriedade dos pais em matricular seus filhos na rede regular de ensino.

[...] o mandado de segurança impetrado na instância de origem discute basicamente a legislação infraconstitucional, que obriga os pais a procederem à matrícula dos filhos na rede regular de ensino. E nesse aspecto, [...] não existe espaço para se conceder o pedido. (STF, 2018).

A Ministra Rosa Weber, ao citar a Constituição de 1946, a qual se permitia a educação a ser dada ao lar, bem como em escolas, faz um paralelo com o modelo vigente constitucional, o qual veda o ensinamento vindo de casa, e a obrigatoriedade da matrícula feita pelos pais, para seus filhos.

O Ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência dos votos, após a leitura do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso:

Ministro Alexandre de Moraes (redator do Acórdão): a Constituição Federal, em seus artigos 205 e 227, prevê a solidariedade do Estado e da família no dever de cuidar da educação das crianças. Já o artigo 226 garante liberdade aos pais para estabelecer o planejamento familiar. [...] o texto constitucional visou colocar a família e o Estado juntos para alcançar uma educação cada vez melhor para as novas gerações. Só Estados totalitários [...], afastam a família da educação de seus filhos.

A Constituição, contudo, estabelece princípios, preceitos e regras que devem ser aplicados à educação, entre eles a existência de um núcleo mínimo curricular e a necessidade de convivência familiar e comunitária. A educação não é de fornecimento exclusivo pelo Poder Público. O que existe, [...] é a obrigatoriedade de quem fornece a educação de seguir as regras. [...], para ser colocada em prática, deve seguir preceitos e regras, que incluam cadastramento dos alunos, avaliações pedagógicas e de socialização e frequência, até para que se evite uma piora no quadro de evasão escolar disfarçada sob o manto do ensino domiciliar. (STF, 2018).

Em sua justificativa está que a Constituição dá a responsabilidade tanto ao Estado, como a família a prover a educação e que somente em Estados totalitários, que se priva a educação de seus filhos.

E, por fim o relator do Recurso Extraordinário (RE), Ministro Luís Roberto Barroso, votou pelo provimento do recurso:

Ministro Luís Roberto Barroso: [...] provimento do recurso. [...] constitucional a prática de ensino domiciliar a crianças e adolescentes, em virtude da sua compatibilidade com as finalidades e os valores da educação infanto-juvenil, expressos na Constituição de 1988. [...] algumas regras de regulamentação da matéria, com base em limites constitucionais. (STF, 2018).

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, defendeu a oficialização do ensino domiciliar, mas com algumas considerações e limites expostos, nos preceitos fundamentais da educação, como é versado na Constituição.

No entanto, apesar dos ministros Barroso e Alexandre de Moraes concordarem com a sistemática do *homeschooling*, a decisão foi pelo não provimento do recurso.

Quase dois anos, após a decisão pelo não provimento da possibilidade do ensino domiciliar, o mundo se viu diante de acontecimentos que obrigaram que esse sistema fosse implementado, por conta da pandemia de Covid-19 ou SARS-CoV2, que chegou ao Brasil em fevereiro do corrente ano, com a primeira confirmação do vírus, enquanto que na Europa, já confirmavam centenas de casos, com óbitos. (SANARMED, 2020).

Ante a efetivação de um *homeschooling*, aperfeiçoado em tempos pandêmicos, o tema do Estado Laico é pertinente, pelo fato de que, escolas que apregoam o ensino religioso, como um dogma da própria instituição de ensino, possui controle, dentro da legalidade para que este seja ensinado, de modo facultativo, e que seja de forma confessional a uma religião, da maneira que se decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, no site chamado "Materiais de Homeschooling" há uma apostila ilustrada para crianças de 4 e 5 anos que começa com a frase: "No princípio Deus criou o céu e a terra" e assim segue página por página, com descrições de como Deus criou as plantas, os animais, as estrelas, sempre com exercícios, como pintura ou ligue os pontos. " [...] um quarto dos que fazem homeschooling no Brasil diz ter optado pela prática por "princípios da fé familiar", segundo pesquisa da Associação Nacional de Educação Familiar (Aned). (ESTADO DE MINAS, 2019).

Tais posicionamentos de ensino, afrontam o Estado laico, pois não deveria ser uma exigência das diretrizes básicas ensinar preceitos cristãos em face da regra expressa no ordenamento pátrio da laicidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No panorama atual, apesar do Brasil não adotar uma religião oficial pela Constituição Federal, ocultamente se identifica com os valores e princípios cristãos, pelas raízes histórico-culturais.

Isso remonta ainda aos tempos coloniais, que apesar de sermos um país misógino, com a mistura de várias culturas ao longo de 500 anos, algumas se sobrepõem a outras, exemplo a cristã europeia.

Assim, a nossa laicidade atua no ponto em que o Estado respeita (ou deveria respeitar) as demais religiões e suas propagações.

Essa igualdade que se prega, mas não se cumpre, é uma violação do Estado Democrático de Direito, que possui como principado a própria igualdade. Os próprios exemplos, como o preâmbulo da Constituição,

feriados religiosos, o ensino religioso confessional, (e que normalmente é a majoritária cristã), e a efetivação do homeschooling em tempos pandêmicos.

Não obstante, o esvaecimento dessa laicidade não ocorrerá quando a própria sociedade brasileira não admitir a participação da religião na política, por serem conscientes da importância que possui a imparcialidade religiosa na busca pela igualdade.

Um Estado que respeita e cumpre seus dogmas fundamentais, sem qualquer discrepância entre povos, culturas, religiões, ideais, e qualquer outro tipo de posicionamento que um ser humano tem por escolha, é um Estado Democrático de Direito.

Quando se justifica, essa 'preferência', sempre por apenas um motivo, seja o histórico-cultural, é a demonstração de que não há argumentos plausíveis, já que o que impera deveria ser a neutralidade.

Somos todos um povo, de várias culturas diferentes, espalhadas por todo o país, de forma que o respeito por todo o credo religioso, é o respeito da crença de todo o brasileiro, qualquer seja ela, pela laicidade garantida.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Lei n. 5.508 de 07 de julho de 1993. Feriado Estadual. Maceió, julho de 1993. Disponível em: http://www.normasbrasil.com.br/norma/lei-5508-1993-al_116074.html. Acesso. 17 abr. 2020.

ÂMBITO JURÍDICO. Esvaecimento do estado laico: o estado laico e sua implicação na atualidade. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/esvaecimento-do-estado-laico-o-estado-laico-e-sua-implicacao-na-atualidade/>. Acesso em 28 jul. 2020

ANED. Associação Nacional de Educação Domiciliar. Disponível em: <https://www.aned.org.br/sobrenos/quem-somos-aned>. Acesso em 26 jul. 2020

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Imperio do Brazil. Rio de Janeiro, 1823. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso. 17 abr. 2020

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso. 17 abr. 2020

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso. 17 abr. 2020

BRASIL. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 28 jul. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 698, de 2009. Dispõe sobre o Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-698-7-outubro-2009-591628-publicacaooriginal-116679-pl.html>. Acesso em 26 jul. 2020

BRASIL. LEI Nº 6.802, DE 30 DE JUNHO DE 1980. Dispõe sobre feriado nacional o dia 12 de outubro Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-6802-30-junho-1980-357065-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 26 jul. 2020

BRASIL. LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996. Dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 28 jul. 2020.

BRASIL. LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 31 jul. 2020

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 31 jul. 2020.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. RELIGIÃO. Disponível em: https://censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/pdf/Pag_203_Religi%C3%A3o_Evang_miss%C3%A3o_Evang_pen_tecostal_Evang_ao%20determinada_Diversidade%20cultural.pdf Acesso em 26 jul. 2020

CARTA CAPITAL. Um olhar para a desigualdade escolar em tempos de pandemia. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/sororidade-em-pauta/um-olhar-para-a-desigualdade-escolar-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em 29 jul. 2020

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. ed. Editora Almedina. Coimbra, 2003.

CONGRESSO EM FOCO. Negada pelo STF, educação domiciliar será regulada pelo governo. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/educacao/negada-pelo-stf-educacao-domiciliar-sera-regulada-pelo-governo/>. Acesso em 26 jul. 2020

CONJUR. Pelo bem do país, imunidades fiscais precisam ser revistas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-28/justica-tributaria-bem-pais-imunidades-fiscais-revistas>. Acesso em 29 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ encerra julgamento sobre símbolos religiosos no Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-encerra-julgamento-sobre-solos-religiosos-no-poder-judicio/>. Acesso em 26 jul. 2020

ESTADO DE MINAS. Grupos religiosos estimulam defesa do ensino domiciliar no governo Bolsonaro. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/03/10/interna_nacional,1036722/grupos-religiosos-estimulam-defesa-do-ensino-domiciliar-no-governo-bol.shtml. Acesso em 29 jul. 2020.

EXAME: Desigualdade e alfabetização desafiam educação na pandemia da covid-19. Disponível em: <https://exame.com/brasil/homeschooling-alfabetizacao-e-os-desafios-da-educacao-na-pandemia/>. Acesso em 26 jul. 2020

EXAME: Um perfil dos cristãos do Brasil em 11 números. Disponível em: <https://exame.com/brasil/um-perfil-dos-cristaos-do-brasil-em-11-numeros/>. Acesso em 28 jul. 2020

FOLHA DE SÃO PAULO. Imunidade para Templos é polêmica até entre os especialistas. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/imunidade-para-templos-e-polemica-ate-entre-os-especialistas.shtml>. Acesso em 29 jul. 2020

FONSECA, Francisco Tomazoli da. Religião e Direito no Século XXI – A Liberdade Religiosa no Estado Laico. Curitiba: Juruá, 2015.

INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO DO DISTRITO FEDERAL: Quem era e como se chamava o frei que rezou a primeira Missa no Brasil? Disponível em: <http://www.ihgdf.com.br/quem-era-e-como-se-chamava-o-frei-que-rezou-a-primeira-missa-no-brasil/>. Acesso em 28 jul. 2020.

JOTA: STF decidirá com repercussão geral sobre símbolos religiosos em prédios públicos. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-decidira-com-repercussao-geral-sobre-simbolos-religiosos-em-predios-publicos-14042020>. Acesso em 28 jul. 2020

LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 24ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2020.

MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal anotada. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Implantação da modalidade de ensino domiciliar depende de regulamentação legal, decide STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/falta-de-regulamentacao-legal-impede-implantacao-da-modalidade-de-ensino-domiciliar-decide-stf>. Acesso em 29 jul. 2020.

RIO DE JANEIRO. Lei n. 5.198 de 5 de março de 2008. Feriado Estadual. Rio de Janeiro, março de 2008. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/1baf90ca125ff96f8325740a00776600> Acesso. 17 abr. 2020.

SANARMED. Linha do tempo do Coronavírus no Brasil. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>. Acesso em 29 jul. 2020

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet; Daniel Mitidiero; Luiz Guilherme Marinoni. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF nega recurso que pedia reconhecimento de direito a ensino domiciliar. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496>. Acesso em 26 jul. 2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Íntegra do voto do ministro Alexandre de Moraes sobre ensino domiciliar. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403371>. Acesso em 26 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: STF vai decidir se símbolos religiosos em órgãos públicos federais ferem laicidade do Estado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442144&caixaBusca=N>. Acesso 26 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.439 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mCM.pdf>. Acesso em 26 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Tema 822 Possibilidade de o ensino domiciliar (homeschooling), ministrado pela família, ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação, previsto no art. 205 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>. Acesso em 29 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.439 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/ADI-4439-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em 26 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF conclui julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099>. Acesso em 26 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 822 - Possibilidade de o ensino domiciliar (homeschooling), ministrado pela família, ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação, previsto no art. 205 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoRelacionado.asp?incidente=4774632>. Acesso em 29 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma – AgI nº 596.927-6, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 15 de Fevereiro de 2007.

TOCANTINS. Lei n. 627 de 28 de dez. de 1993. Feriado Estadual. Palmas, dez. de 1993. Disponível em: www.al.to.leg.br/arquivo/6883. Acesso 17 abr. 2020.

TITLE 36—PATRIOTIC AND NATIONAL OBSERVANCES, CEREMONIES, AND ORGANIZATIONS. Patriotic and National Observances, Ceremonies, and Organizations. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2015-title36/pdf/USCODE-2015-title36.pdf>. Acesso em 28 jul. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região TRF-3 - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA: ApReeNec 0019890-16.2012.4.03.6100 SP. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533650578/apelacao-remessa-necessaria-apreenec-198901620124036100-sp>. Acesso em 29 jul. 2020.

VASCONCELLOS, Clever, Curso de Direito Constitucional, 7ª ed. atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2020.

ESTUDOS PRELIMINARES SOBRE OS PRINCÍPIOS APLICADOS AO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA LEI Nº 13.709/2018 - LGPD

Luciana Cristina Pinto Machado, Licia Pimentel Marconi.

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: lucianamachado04@gmail.com

RESUMO

Como é cediço, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD – é uma legislação que regulamenta os limites e critérios para o tratamento de dados de pessoa natural, prevista a princípio para entrada em vigência em agosto de 2020, todavia por força da Medida Provisória – MP nº 959/2020 – até a data de 26 de agosto último, o assunto encontra-se pendente de aprovação quanto a entrada em vigência do respectivo diploma legal, Lei nº 13.709/2018 de agosto de 2018. Inobstante discussão quanto a efetiva data de entrada em vigência, que não é objeto deste estudo, a lei em comento traz como uma das principais contribuições o fato de dispor previsões de liberdade, segurança e justiça das informações pessoais na esfera digital, além de agregar a proteção aos dados pessoais ao status de maior bem estar aos titulares desses direitos. É nesse cenário que o presente artigo pretende contribuir sob a perspectiva basilar da nova legislação por meio do estudo dos 10 (dez) princípios previstos no artigo 6º do referido diploma legal confirmando a relevância do assunto do ponto de vista da segurança dos dados pessoais do cidadão posto que o caminho digital é inexorável. O método de análise aplicado é o hipotético-dedutivo, por meio de entendimento das leis gerais existentes a respeito do assunto, com pesquisas de cunho histórico, prático e bibliográfico. A pesquisa demandará também a coleta dos dados no sentido de nortear posicionamento acerca do tema apresentado; respectiva coleta será feita em doutrina, artigos eletrônicos, leis e jurisprudência.

Palavras-chaves: Princípios. Tratamento de Dados. Lei Geral de Proteção de Dados. Dados Pessoais. Privacidade.

PRELIMINARY STUDIES ON THE PRINCIPLES APPLIED TO THE PROCESSING OF PERSONAL DATA IN LAW Nº 13.709/2018 – LGPS.

ABSTRACT

As is common, the general data protection law - LGPD - is a legislation that regulates the limits and criteria for the processing of data on natural persons, initially foreseen to come into force in August 2020, however, under the Measure Provisional - MP No. 959/2020 today the extension of the *vacatio legis* prevails to May 2021; the legislation under review brings as one of the main contributions the fact that it provides forecasts of freedom, security and justice of personal information in the digital sphere, in addition to adding protection to personal data and greater welfare status to the holders of these rights. It is in this scenario that the present article intends to contribute under the basic perspective of the new legislation through the study of the 10 principles foreseen in article 6 of the referred legal document confirming the relevance of the subject from the point of view of the security of the citizen's personal data since the digital path is inexorable. The method of analysis applied is the hypothetical-deductive, through understanding the existing general laws on the subject, with historical, practical and bibliographic research. The research will also demand the collection of data in order to guide positioning on the theme presented; respective collection will be made in doctrine, electronic articles, laws and jurisprudence

Keywords: Principles. Data Processing. General Data Protection Law. Personal data. Privacy.

INTRODUÇÃO

A acessão de pesquisas críticas sobre o tema da privacidade e da proteção de dados pessoais reveste-se de grande importância para o ambiente jurídico, especialmente no estudo aprofundado sobre as leis criadas para proporcionar um equilíbrio entre o direito de preservação das informações pessoais do indivíduo e o crescimento da economia global.

Hoje a sociedade global encontra-se sob um cenário de inegável desenvolvimento tecnológico, o desenvolvimento da internet e a formação do Ciberespaço que requerem análises jurídicas, normativas, sociológicas, culturais e até psicológicas. Com o desenvolvimento dos recursos da internet, passou a ser necessário refletir sobre a cultura, aquisição e democratização da informação e enfatizar a contribuição para o processo de diversidade e inclusão digital. (FORTES, 2014, não paginado).

Com essas considerações, o artigo propõe trazer conhecimento sobre os dez princípios aplicados ao tratamento de dados da LGPD, dispostos no art. 6º da referida legislação e para uma efetiva e adequada atividade de tratamento dos dados pessoais ordinários ou sensíveis, faz-se necessário respeitá-los, sendo esses: princípio da adequação, da necessidade, da transparência, do livre acesso, da qualidade de dados, da segurança, da prevenção, da responsabilização e prestação de contas, da não discriminação e da finalidade.

Alguns desses princípios elencados no rol do art. 6º da LGPD, tais como da transparência, objetivo, necessidade, proporcionalidade, qualidade, livre acesso e segurança constituem a espinha dorsal de muitas legislações existentes, como a da União Europeia, General Data Protection Regulation (GDPR), que sucedeu a Diretiva 95/46, e deverão atender os princípios, independente de bases legais para o tratamento de dados pessoais. (VAINZOF, 2019, pag. 138).

Dessa forma a pesquisa passa por um breve esboço histórico a respeito do tema, e por fim, pretende-se explicitar princípio por princípio, sendo esse o objeto do presente estudo.

METODOLOGIA

O artigo tem como base a pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, análise e interpretação da legislação existente a respeito do assunto. A pesquisa demandará também a coleta dos dados no sentido de nortear posicionamento acerca do tema apresentado; respectiva coleta será feita em doutrina, artigos eletrônicos, leis e jurisprudência.

Após a realização de tal coleta, respectivos dados foram confrontados, destacando-se as principais ideias com o intuito de chegar o mais próximo da realidade tecendo considerações plausíveis à problemática apresentada.

BREVE HISTÓRICO

O reconhecimento da dignidade humana, alçada constitucionalmente a fundamento do Estado Democrático de Direito, é hoje a base valorativa de sustentação de toda e qualquer situação jurídica de Direito Privado.

A Constituição Brasileira, em seu art. 5º, inciso X, declarou invioláveis, além da honra e imagem das pessoas, sua intimidade e sua vida privada.

“Os direitos à intimidade e a própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas”. (MORAES, 2016. pag. 55).

No mesmo sentido:

“Portanto, a liberdade de preservar ou não a própria intimidade e privacidade é um direito do cidadão, confirmado por preceito constitucional, e cabe ao Estado a função de tutelar este direito; e, se o Estado se omite, delega-se ao cidadão o poder de substituí-lo.” (PAESANI, 2014, pag.40)

De acordo com (VAINZOF 2019, pag. 20) desde o início da década de 1970, com o advento inicial da internet, quando o uso de computadores aumentou, e com o desenvolvimento da tecnologia da informação e das telecomunicações, a preocupação por uma proteção mais específica desses direitos básicos se tornou mais necessária. O processamento de dados, incluindo dados pessoais, incentiva o compartilhamento de dados pessoais em larga escala internacionalmente.

Segundo um estudo realizado (PINHEIRO, 2016, pg. 47) o direito é fortemente influenciado pelo avanço do mundo digital:

Há pouco mais de quarenta anos, a Internet não passava de um projeto. Informação era um item caro, pouco acessível e centralizado. O cotidiano do mundo jurídico resumia-se a papéis, burocracia e prazos. Vieram as transformações tecnológicas e o deslocamento virtual dos negócios, da quebra de paradigmas. O Direito foi influenciado por essa nova realidade e a dinâmica da era da informação exige uma mudança mais profunda na própria forma como o Direito é exercido e pensado em sua prática cotidiana. Dessa forma o mundo vem tentando se adequar da melhor maneira possível com o fim de continuar protegendo o interesse coletivo.

A evolução da regulamentação em torno dessa questão revela o próprio desenvolvimento humano em torno do conceito de privacidade, estimula e permite ponderar julgamentos com base em parâmetros como necessidade e proporcionalidade, de modo a modelar e equilibrar interesses privados e públicos, estabelecendo assim os direitos básicos da intervenção estatal e as liberdades civis limitam suas possibilidades. (VAINZOF, 2019, pag. 22).

Explica (PAESANI, 2014, pag.37) que hoje não é o governo que ameaça a privacidade, mas o comércio pela Internet. A Internet se tornou um mercado e, nesse processo, a privacidade se tornou um direito de mercadoria. A capacidade do computador não apenas mostra que é possível acumular informações ilimitadas sobre a vida de cada pessoa, como status físico, mental, econômico ou opiniões políticas e religiosas, mas também enfrentar, reunir, rejeitar e trocar as informações assim obtidas.

Portanto, esses direitos básicos (como o direito à privacidade) tornaram-se cada vez mais carentes de proteção legal, como por meio da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), norma da União Europeia que inspirou a legislação brasileira, dada a enorme quantidade de dados na era digital. A coleta de informações e o alto grau de organização e inteligência (avanço na qualidade e quantidade) na era da tecnologia digital podem não apenas realizar análises de avaliação do país para os cidadãos, mas também por empresas privadas. (VAINZOF, 2019, pag. 22).

Um exemplo relacionado com o tema é o julgamento do repetitivo realizado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), sobre o tema “Compartilhamento de dados pessoais”, ou mais precisamente, a atividade de tratamento de dados com o escopo de repassar a todas as empresas que o Controlador mantém contrato ou convênio, para oferecer produtos ou serviços e a todo conglomerado (empresas do grupo do qual faz parte o Controlador), dos dados cadastrais (pessoais e de consumo fornecidos quando da contratação exclusiva com o titular dos dados).

O Acórdão reconheceu imprescindível a autorização real e espontânea sobre a exposição e compartilhamento dos dados pessoais do consumidor, enfatizando que a cláusula do contrato foi abusiva por deixar de atender dois princípios: transparência e confiança.

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. CLÁUSULAS ABUSIVAS. COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS. NECESSIDADE DE OPÇÃO POR SUA NEGATIVA. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA E CONFIANÇA. ABRANGÊNCIA DA SENTENÇA. ASTREINTES. RAZOABILIDADE. [...] **3. É abusiva e ilegal cláusula prevista em contrato de prestação de serviços de cartão de crédito, que autoriza o banco contratante a compartilhar dados dos consumidores com outras entidades financeiras, assim como com entidades mantenedoras de cadastros positivos e negativos de consumidores, sem que seja dada opção de discordar daquele compartilhamento. 4. A cláusula posta em contrato de serviço de cartão de crédito que impõe a anuência com o compartilhamento de dados pessoais do consumidor é abusiva por deixar de atender a dois princípios importantes da relação de consumo: transparência e confiança.[...]** Recurso especial parcialmente provid. (STJ -REsp: 1348532 SP 2012/0210805-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 10/10/2017, T4- QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/11/2017) (Grifos Nosso)

As regras previstas pela Constituição Federal de 1988, Código do Consumidor, Marco Civil da Internet e Decreto n. 7.962, de 2013, aplicam-se tanto às relações tradicionais e presenciais como às relações estabelecidas por meio da Internet ou via meios digitais.

Segundo a doutrina, “Antes do Marco Civil, se um usuário deixasse de ser cliente do serviço, seus dados podiam continuar com a empresa, de forma ilimitada, ou seja, para sempre, para uso com qualquer tipo de propósito”. (PINHEIRO, 2014, pag. 98)

Importante ressaltar o artigo nº 7º e seus incisos VII e IX do Marco Civil que trazem como única base legal para o tratamento de dados pessoais o consentimento:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

Depois do Marco Civil da Internet, Lei nº 12965/2014 que regula o uso da Internet no Brasil, a nova Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), é seguramente o maior avanço legislativo brasileiro em termos de proteção da informação que circula na web.

A Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD – ou Lei n. 13.709/2018 encontra-se dividida em 10 Capítulos, com 65 artigos; comparativamente, ela é menor que a sua referência europeia (GDPR), que possui 11 Capítulos, com 99 artigos.

Referido diploma legal tem como objetivo regular as atividades em relação ao tratamento dos dados pessoais do cidadão, ou seja, qualquer pessoa que colete informações de outra pessoa, vai precisar fazer esta adequação, aplicável tanto no setor público como no privado.

Com relação à parte conceitual, cabe também destacar no presente estudo uma nomenclatura especial adotada neste segmento jurídico, sendo esses:

I - “Tratamento de dados pessoais”, disposto no artigo 5º, X, que para efeito dessa lei é “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

A definição de tratamento de dados pessoais, na LGPD, é extremamente abrangente, pois parte da coleta e finda em sua eliminação, englobando todas as possibilidades de manuseio dos dados, independentemente do meio utilizado. Assim o mero ato de receber, acessar, arquivar ou armazenar dados pessoais está contido dentro do conceito de tratamento. (VAINZOF, 2019, pag. 116)

A GDPR, norma da União Europeia e fonte inspiradora da LGPD, deixou claro que só faria negócios com países que também tivessem uma lei semelhante, a partir daí, vários países deram início ao trabalho de legislação sobre o tema.

De acordo com artigo nº 1º da Lei Geral de Proteção de Dados, quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, deverão se adequar aos ditames dessa nova base legal;

Ainda, este mesmo dispositivo legal dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

E o § único dispõe que as normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Sendo assim, o médico, o advogado, o comerciante, o fotógrafo, um órgão público ou qualquer outra profissão, irá precisar se adequar a partir do momento que captar informação que identifique, individualize um indivíduo, tais como, número RG, CPF, Endereço, número do telefone e etc.

Ainda dentro do artigo nº 1º da Lei, em sua parte final, não deixa qualquer dúvida que o seu objetivo está intimamente vinculado à proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Cabe ressaltar conforme ensinamento de Vainzof (2019, pag. 20) que a aplicabilidade da Lei alcança também ao tratamento de dados em estado físico ou off-line, migrando ou não, posteriormente, para o meio digital ou on-line e que a preocupação de tutelar de forma mais específica referidos direitos fundamentais tornou-se ainda mais necessária com a evolução da informática e das telecomunicações, pois desde o início do ano 1970, com o advento dos computadores, quando houve um incremento no uso de processamento de dados, inclusive pessoais.

DOS PRINCÍPIOS

A melhor forma de se entender qualquer lei é pela análise dos princípios que norteiam referida base legal. Nenhuma lei é capaz de prever todas as condições e circunstâncias pelas quais ela vai ser aplicada, por isso se torna fundamental conhecer os princípios que a regem.

Os princípios funcionam como uma bússola que irão reger as interpretações dos juízes no caso de existir questões que os dispositivos não possam prever.

Segundo Miranda (1996, p.70) em sua obra “A Proteção Constitucional da Vida Privada”, definiu Princípio da seguinte forma: “Os princípios, podem ser implícitos ou explícitos, e, não só condicionam a lógica do ordenamento jurídico, mas também fixam as diretrizes de sua interpretação”.

Conforme VAINZOF (2019, p. 136), “Princípio, é toda norma jurídica considerada determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares”.

Dessa maneira, os princípios gerais de proteção de dados foram elaborados e expressamente previstos na lei devendo ser interpretados principalmente em benefício do titular de dados que é a parte vulnerável sobre diversos ângulos, sendo esses:

PRINCÍPIO DA FINALIDADE

O princípio da finalidade é um dos princípios mais relevantes da Lei Geral de Proteção de Dados, tanto é que esse princípio é referenciado em pelo menos nove artigos da LGPD (artigos. 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 15º, 19º, etc.) e vem com a seguinte redação:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - **finalidade**: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

O princípio da finalidade segundo VAINZOF (2019, p 138), é de grande significado prático, pois através deste princípio, o titular pode garantir a legalidade do seu processamento de dados através das informações obtidas previamente, limitando assim a finalidade do processamento (desde que sejam legais), e de terceiros, podendo ou não acessar os dados. Sua finalidade é reduzir o risco de uso secundário sem o titular.

Para Luiza Louzada (2019, p. 95), essa autora explica que neste sentido, é necessário “vincular” o processamento dos dados ao fim específico autorizado, não só para limitar a atividade de processamento ao fim original, mas também para evitar a sua apropriação indevida, devendo o titular ser informado do fim.

O médico, portanto, que for coletar informações do paciente, precisa utilizar com a finalidade específica de fazer o tratamento, não estará autorizado, se não informar ao paciente, utilizar esses dados pessoais para fazer marketing ou até mesmo pesquisas científicas, caso isso não seja devidamente autorizado.

Podemos citar outro exemplo: Uma loja que coleta informações do seu cliente para abrir um crediário, vai precisar informar e utilizar esses dados tão somente com essa finalidade. Se o Controlador quiser fazer marketing, obrigatório que no termo de consentimento conste que a finalidade também será para promoção, marketing, inclusive se os dados serão compartilhados com terceiros.

Isto posto, o empresário que utilizar os dados do seu cliente de forma diversa daquela da qual ele informou a finalidade, poderá sofrer multa de dois por cento do seu faturamento anual até o limite de R\$

50.000.000,00, como também, ele poderá ser processado pelo seu próprio cliente com uma ação de indenização de danos morais, por exemplo, pela falha de prestação de serviços baseada na LGPD, por desvio de finalidade.

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

“O princípio da adequação está vinculado ao da finalidade, pois prevê que o tratamento de dados pessoais somente pode ser realizado quando houver compatibilidade com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento”. (VAINZOF, 2019, pag. 142).

A forma como os dados são utilizados deve ser compatível com a finalidade declarada ao titular dos dados. Isso significa que se a empresa solicitar dados para envio de boletim informativo e depois quiser gerar uma pontuação para a pesquisa qualitativa de algum produto, ela terá que buscar uma nova autorização. Além disso, o uso deve ser adequado ao propósito do relatório original. Mesmo que não haja uma nova finalidade, o uso indevido de informações produzirá desconformidades. (VIDOR, 2019, não paginado)

Outro exemplo prático é se o negócio é um e-commerce de produtos eletrônicos, dificilmente será justificável pedir dados de saúde aos usuários. Então, se não é compatível, o tratamento se torna inadequado.

PRINCÍPIO DA NECESSIDADE

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

Os três primeiros princípios (finalidade, adequação e necessidade) estipulados na LGPD estão conexos. Juntos com o princípio da transparência formam o núcleo da norma jurídica, tornando-se a base determinante para o respeito dos direitos fundamentais da liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural por meio da proteção dos dados pessoais. (VAINZOF, 2019, pag. 138).

Para Louzada (2019, p. 96) “O princípio da necessidade, por fim, determina a limitação do tratamento aos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação a finalidade do tratamento”.

VAINZOF explícita o conceito do princípio da necessidade no GDPR, norma da União Europeia que inspirou a LGPD:

No GDPR, o princípio da necessidade é denominado como minimização dos dados e limitação da conservação, de forma que os dados pessoais deverão ser adequados, pertinentes e limitados ao necessário para os propósitos do tratamento. Para isso, é necessário assegurar que o prazo de conservação seja limitado ao mínimo necessário, devendo o controlador fixá-los para descartar os dados ou rever periodicamente a sua necessidade e conformidade. A permissão para o tratamento ocorre quando a finalidade pretendida não puder ser atingida de forma razoável por outros meios. (2019, pag. 144).

Dessa forma o Controlador deve fazer uma ponderação entre o que é realmente essencial para o seu negócio e o que é apenas conveniente, pois, quanto mais dados sobre a sua responsabilidade, mais riscos de vazamentos e incidentes de segurança.

PRINCÍPIO DO LIVRE ACESSO

IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

Esse princípio é reforçado no art.9º da LGPD, estipulando que além de assegurar a facilidade e gratuidade sobre a forma e a duração do tratamento, garante também a integridade dos dados do titular. Informações que devem ser fornecidas de forma clara, adequada e óbvia sobre os seguintes pontos:

- i) finalidade específica do tratamento;

- ii) identificação do controlador;
- iii) informações de contato do controlador;
- iv) informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;
- v) responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; (VAINZOF, 2019, pag. 147-148)

Essas garantias devem ser respeitadas de ofício, independentemente de requerimento do titular.

Por oportuno cabe citar a decisão do STJ abaixo, sobre scoring de crédito, cuja análise, houve o entendimento que na avaliação do risco de crédito deve ser respeitada máxima transparência nas relações negociais e fornecido ao consumidor esclarecimentos, caso solicitados, acerca da fonte de dados considerados (histórico de crédito), bem como das informações pessoais valoradas:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). TEMA 710/STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR. ARQUIVOS DE CRÉDITO. SISTEMA "CREDIT SCORING". COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO. LIMITES. DANO MORAL. I - TESES: 1) O sistema "credit scoring" é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (Lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "credit scoring", configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados. II - CASO CONCRETO: 1) Não conhecimento do agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso representativo de controvérsia; 2) Inocorrência de violação ao art. 535, II, do CPC. 3) Não reconhecimento de ofensa ao art. 267, VI, e ao art. 333, II, do CPC. 4) Acolhimento da alegação de inocorrência de dano moral "in re ipsa". 5) Não reconhecimento pelas instâncias ordinárias da comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não sendo possível afirmar a ocorrência de dano moral na espécie. 6) Demanda indenizatória improcedente. III - NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL E DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS, E RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (STJ - REsp: 1419697 RS 2013/0386285-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 12/11/2014, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 17/11/2014) (GRIFOS NOSSOS)

Portanto, o princípio do livre acesso viabiliza que o titular possa constantemente acompanhar o fluxo informacional que lhe diga respeito e tenha o direito de descarte (dados incorretos ou desatualizados), fora de contexto ou até mesmo ilícito por exemplo.

PRINCÍPIO DA QUALIDADE DOS DADOS

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

“Ao estabelecer a necessidade de “exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados”, o princípio da qualidade atua como instrumento a impedir injustiças”. (LOUZADA, 2019, pag. 97)

Mas de que forma podemos entender que dados pessoais de qualidade podem impedir injustiças? Para esse entendimento (VAINZOF, 2019, pag. 149) explica que os mais diversos dados coletados (se vistos separadamente) dificilmente afetarão os titulares, mas quando combinados e processados por mecanismos altamente treinados, formam um resumo da personalidade de cada pessoa. Essa junção de informações possibilita representar perante terceiros, muitas características, tais como: rico ou pobre; possuidor de renda rica ou nenhum ativo fixo; sem antecedentes criminais ou criminosos; sem filiação partidária ou associado a um partido político; ateu ou cristão; HIV positivo ou negativo; homossexual ou heterossexual; e inúmeras outras suposições que podem interferir de alguma forma na vida de uma pessoa, justa ou injustamente.

A qualidade de dados, portanto, é aspecto essencial para o tratamento, pois somente através das informações atualizadas e confiáveis que será possível protegerem os direitos fundamentais do indivíduo.

PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

Seguindo os ensinamentos de VAINZOF, podemos entender que o princípio da transparência se torna essencial para atingir o objetivo da legislação que é proteger a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade, pois sem que o titular tenha fácil acesso as informações claras e precisas sobre o tratamento dos seus dados, não há como garantir referida tutela. (2019, pag. 150).

Importante ressaltar nesse contexto a obrigatoriedade de apresentar ao titular dos dados o agente responsável pelo tratamento e suas respectivas características.

Um importante normativo anterior a Lei Geral de Proteção de Dados que também traz o princípio da “Transparência” como um dos princípios reguladores é a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011). Em seu art. 6º inciso I, traz a seguinte redação:

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;

Conforme leciona VIANA (2011, p.7) “As questões de transparência estão novamente em vigor nas regulamentações processuais, incluindo a promoção de uma cultura de transparência e disponibilização de dados em línguas acessíveis sem barreiras técnicas”.

PRINCÍPIO DA SEGURANÇA

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

“O princípio “Segurança” tem relevância especial porque, em sua essência, sem segurança forte, não pode haver privacidade”. (COMITÊ CENTRAL DE GOVERNANÇA DE DADOS, 2020, pag. 48).

Não há dúvida de que as violações de dados pessoais são uma das situações de grande urgência no tratamento de dados pessoais, pois colocam em risco permanente os direitos do titular. Nessas

circunstâncias, os agentes também serão prejudicados de certa forma, pois terão que arcar com as possíveis sanções administrativas e de responsabilidade civil. (VAINZOF, 2019, pag. 153)

A ideia central desse princípio é manter sempre os dados da pessoa física que está sendo tratada em um ambiente seguro. Por esse motivo, tecnologias de segurança contemporâneas devem sempre ser usadas e, para pessoas jurídicas, procedimentos de melhoria contínua devem ser usados para garantir a segurança. (PESTANA, 2014, não paginado).

“Os padrões de segurança aplicados devem garantir a confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados pessoais durante todo o seu ciclo de tratamento, incluindo, entre outros, métodos de destruição segura, criptografia apropriada, e métodos fortes de controle de acesso e registro.” (BRASIL, 2020, pag. 48).

O inciso VII do artigo 6º sobre os princípios expressa o dever de utilização de medidas técnicas e administrativas com o objetivo de proteger os dados.

Sobre o tema (VAINZOF, 2019, pag.153) descreve que referidas medidas devem ser seguidas em toda a fase do processo e o sistema deve ser estruturalmente projetado para atender aos requisitos de segurança, boas práticas e padrões de governança, seguindo os princípios gerais estipulados na lei. Mesmo após o término do tratamento, qualquer pessoa que tenha participado desse processo, tem o dever de garantir a segurança da informação.

PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

A palavra “Prevenção” vem do latim PRAEVENIRE significa, antecipar, perceber previamente, literalmente chegar antes.

Nesse sentido (VAINZOF, 2019, pag.158) nos traz que “A LGPD é uma norma que visa modificar a cultura no tratamento de dados pessoais para que riscos sejam mitigados desde antes do tratamento, evitando ao máximo qualquer hipótese, sempre presente, de violação de dados pessoais”.

Para garantir que a informação seja protegida e tenha segurança da informação eficaz, além de investir em tecnologia, ela também deve ser consistente com a coordenação de processos e conscientização do pessoal de toda a organização. Portanto, com o desenvolvimento de estratégias de segurança da informação, a coordenação com os processos organizacionais, o uso adequado da tecnologia e o desenvolvimento da consciência das pessoas sobre como lidar com as informações e recursos da empresa, é possível estabelecer um ambiente adequado para mitigar riscos na empresa. (LIMA, 2020, não paginado).

De acordo com os estudos de (VAINZOF, 2020, pag. 158) a prevenção deve ser pautada no conceito PRIVACY BY DESIGN, que vem sendo reconhecido mundialmente como valioso auxílio para o cumprimento das exigências legais sobre privacidade de dados, considerando que são diretrizes gerais que devem nortear o processo de adequação específica de cada empresa. O ponto central a ser observado, seja do ponto de vista das normas brasileiras ou internacionais, se relaciona com a governança que as empresas precisam possuir.

PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

O presente princípio por seu nome já diz sua finalidade. O tratamento de dados não pode ser realizado para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos. Não se pode ter exclusão de titulares de dados pessoais no momento de seu tratamento de dados pessoais por determinadas características, sejam elas de origem racial ou étnica, opinião política, religião ou convicções, geolocalização, filiação sindical, saúde ou orientação sexual.

A Lei Maior de 1988, conhecida como “Cidadã” tratou do tema discriminação com muita veemência e sobre o tema nos ensina Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são as certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais, têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal. (MORAES, 2016, pag. 36)

As práticas de discriminação podem ser as mais comuns, como a negação de um emprego em razão da religião ou doença do titular, até as mais complexas como o tratamento punitivo de dados genéticos para fins securitários que conta, diante da sua criticidade, com preocupações regulatórias próprias.

Pensando nisso o legislador traz na LGPD regras específicas para o tratamento de dados que frequentemente são utilizados para discriminação, os chamados dados sensíveis, como os que tratam sobre origem racial, saúde, orientação sexual, etc.

“Ademais, há uma preocupação evidente quanto ao tratamento de dados pessoais para a adoção de decisões automatizadas, principalmente quanto à possibilidade, por meio de tecnologias como Inteligência Artificial, consumarem medidas discriminatórias”. (VAINZOF, 2019, pag. 165).

PRINCÍPIO DA RESPONSABILIZAÇÃO E PRESTAÇÃO DE CONTAS

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Com esse princípio a LGPD objetivou demonstrar aos controladores e aos operadores de que são eles os responsáveis por todas as medidas que forem adotadas com o objetivo de atender as exigências legais e princípios nela estabelecidos e que acima de tudo sejam eficazes. (VAINZOF, 2019, pag. 166).

“A boa-fé objetiva, por sua vez, está intimamente relacionada com o princípio da responsabilização e prestação de contas”. (LOUZADA, 2019, pag. 98).

CONCLUSÃO

O presente trabalho ocupa-se de examinar os princípios enformadores da regulamentação da proteção de dados prevista pela Lei nº 13.709/2018, os quais demonstram de forma ostensiva a importância imprescindível na aplicação prática dos comandos legais previstos na lei, muito embora não seja possível esgotar todos os eventos, fatos e atos passíveis de ocorrência, todavia indispensáveis para todos aqueles que pretendem trafegar pela vereda do mundo digital, tornando-se indispensável o conhecimento das premissas básicas referentes à proteção de dados das pessoas naturais. As trilhas dos princípios encaminham ao perfil, ou intenção pretendida pelo legislador ao regulamentar a questão, daí a importância e relevância na leitura, conhecimento e incorporação dos princípios basilares desta ciência jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 05 de julho de 2020.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 06 de julho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1348.532/SP (2012/0210805-4). Recorrente: HSBC

BANK BRASIL S.A. – BANCO MÚLTIPLO. Recorrido: ANADEC – Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 30 de novembro de 2017.

BRASIL. Poder Judiciário Rio Grande do Sul. Processo nº 9001278-71.2017.8.21.0018. Juizado Especial da Fazenda Pública. 13 de setembro de 2014.

BRASIL. Guia de Boas Práticas Lei Geral de Proteção de Dados. Comitê Central de Governança de Dados. 23 de março de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf>. Acesso em 18 de julho de 2020. <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2019.v23i9.5343>

BIONI, Ricardo Bruno. Revista do Advogado. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Nº 144. AASP. São Paulo: Rene Bueno e Daniela Jardim.

FORTES, Vinicius Borges. A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. Sequência Florianópolis. 30 de março de 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552014000100006&script=sci_arttext. Acesso em 12 de julho de 2020.

LIMA, Lindamaria. Os 10 princípios para tratamento de dados da LGPD. Tripla. 13 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://triplait.com/principios-para-tratamento-de-dados-da-lgpd/>. Acesso em 18 de Julho de 2020.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. Lei Geral de Proteção de Dados Comentada– 2.Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOARES, Alexandre D. Direito Constitucional. 32. Ed. ver., atual. até a E.C nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. A Proteção Constitucional da Vida Privada. São Paulo: Led-Editora de Direito LTDA, 1996.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet. 7.Ed.- São Paulo: Atlas, 2014.

PINHEIRO, Patricia Peck. Direito Digital. 6. Ed. rev. atual. e. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

PESTANA, Marcio. Os princípios no tratamento de dados LGPD. Conjur, 10 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-marcio-pestana-lgpd.pdf>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

VIDOR, Daniel Martins. Os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados e aplicabilidade. Blog Mercury. 27 de março de 2019. Disponível em: <http://mercurylbc.com/os-principios-da-lei-geral-de-protacao-de-dados-e-aplicabilidade/>. Acesso em 12 de julho de 2020.

VIANA, César Pereira. O Princípio Constitucional Da Transparência e a sua relação com o modelo de excelência em Gestão Pública. IV Congresso Consad. Disponível em: http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2011-06/painel_44-155_156_157.pdf . Acesso em: 15 de agosto de 2020.

EUTANÁSIA: CRIME OU DIREITO A UMA MORTE DIGNA?

Alexandre Silva Azevedo, Lucas Ferreira Furlan

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: ale_azevedo10@outlook.com

RESUMO

Este artigo tem como objetivo central analisar a criminalização da Eutanásia no Brasil, bem como distingui-la de outros procedimentos como a Distanásia, Mistanásia, Ortotanásia e o Suicídio assistido. O artigo teve como norte pesquisas doutrinárias, análise de leis, jurisprudências e principalmente a pertinência e atualidade do assunto, de modo que foi necessário destacar as previsões do tema no Direito Brasileiro e, por conseguinte, a análise do direito à vida, constitucionalmente previsto como Direito Fundamental. Assim, se ao direito a vida, é garantido a inviolabilidade e a dignidade, surge a dúvida se essa cláusula Pétrea abarcaria o direito de morrer dignamente e, portanto, se a Eutanásia, criminalizada no Brasil, poderia preencher essa lacuna. Após a análise, verificou-se a necessidade de uma reflexão social e de um posicionamento jurídico sobre o tema, haja vista os esbarros dogmáticos religiosos, éticos, morais, políticos e Jurídicos, não podendo a Eutanásia ser sustentada diante da realidade social contemporânea.

Palavras-chave: Eutanásia, Direito, Vida, Dignidade, Morte.

EUTHANASIA: CRIME OR THE RIGHT TO A DIGNIFIED DEATH?

ABSTRACT

The main objective of this article is to analyze the criminalization of Euthanasia in Brazil, as well as to distinguish it from other procedures such as Dysthanasia, Mistanásia, Ortotanásia and Assisted Suicide. The article was guided by doctrinal research, analysis of laws, jurisprudence and mainly the pertinence and topicality of the subject, so it was necessary to highlight the predictions of the theme in Brazilian law and, therefore, the analysis of the right to life, constitutionally provided for as Fundamental Law. Thus, if the right to life, inviolability and dignity are guaranteed, the question arises whether this Pétrea clause would include the right to die with dignity and, therefore, whether Euthanasia, criminalized in Brazil, could fill this gap. After the analysis, there was a need for social reflection and a legal position on the subject, given the dogmatic religious, ethical, moral, political and legal obstacles, and Euthanasia cannot be sustained in the face of contemporary social reality.

Keywords: Euthanasia, Law, Life, Dignity, Death.

INTRODUÇÃO

A busca por direitos e dignidade é vista em todos os povos da humanidade, e principalmente da preservação à vida, considerado o mais importante direito e que nas palavras de Alexandre de Moraes (2020) se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. Essa preservação ao Direito a vida, é previsto na Constituição Federal de 1988, como garantia fundamental inviolável, no “caput” de seu artigo 5º.

Para o grande Filósofo Paulo Nader (2019), a natureza humana se define pela gama de instintos comuns aos seres racionais, como o da preservação da vida, da liberdade. A observação revela-nos que a generalidade das pessoas tem ânsia de liberdade e que sem esta não é capaz de se realizar nos planos físico e espiritual. Em consequência, a liberdade é valor fundamental à espécie humana e se erige em princípio básico do Direito Natural. A pesquisa nos sistemas jurídicos vigentes indica que o valor liberdade, em suas plúrimas dimensões, é polarizador de leis, tratados e convenções.

Essa liberdade, em um contexto de preservação da vida, abarca dogmas jurídicos, éticos, morais, políticos e principalmente religiosos, e, portanto, debater o tema Eutanásia é difícil, por que necessariamente deve se analisar argumentos a respeito de autonomia, morte, suicídio assistido, e principalmente a Eutanásia como um crime ou um direito a uma morte digna.

De fato, a criminalização da Eutanásia é trazida no Código Penal como homicídio praticado por motivo de relevante valor moral, o chamado homicídio privilegiado, que tem a sua pena atenuada como prescreve o §1º do artigo 121.

É salutar que apesar da Eutanásia ser criminalizada no Brasil, o termo Eutanásia não está presente na parte especial do Código Penal, e sim usada como exemplo de homicídio privilegiado na exposição de motivos.

Assim, o presente estudo tem o objetivo de analisar esse tema, levando-se em conta as suas previsões no país, e relacionar o direito a vida, constitucionalmente previsto, à dignidade humana nos momentos finais de sua existência.

METODOLOGIA

O método utilizado para o desenvolvimento deste artigo será o dedutivo, pautado em pesquisas de doutrinas, jurisprudências e análise da legislação.

CONCEITO DE EUTANÁSIA

A Eutanásia, também chamada de homicídio piedoso, tem o significado de boa morte, ter uma morte boa, digna e se refere a uma ação por parte do médico diante de um paciente em estado terminal, a pedido do paciente para acabar com o sofrimento.

Nucci (2020) aduz em sua doutrina que a eutanásia é o homicídio piedoso (chamado, também, homicídio médico, compassivo, caritativo ou consensual), para abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente, reconhecidamente incurável, que se encontra profundamente angustiado. Nesse caso, o paciente ainda não se encontra desenganado pela medicina. No sentido etimológico da palavra, quer dizer “morte suave, doce, fácil, sem dor”, mas não é antecipação. Costuma-se dividi-la em ativa (praticam-se atos para matar o enfermo, que se encontra em sofrimento) e passiva (deixa-se de administrar remédios – e/ou alimentação forçada – ou outras intervenções, quando ainda viável fazê-lo).

A Eutanásia ativa é vedada pelo direito, sendo criminalizada como homicídio privilegiado, por outro lado, a Eutanásia passiva seria um direito do paciente, já que ele não é obrigado a se medicar.

Para Pedro Lenza (2018), a Eutanásia, por alguns chamada de “morte serena”, “morte doce”, “boa morte”, consiste em abreviar a vida de doente incurável e terminal, procurando diminuir a sua dor ou sofrimento.

Já para Capez (2020), consiste em pôr fim à vida de alguém, cuja recuperação é de difícil prognóstico, mediante o seu consentimento expresso ou presumido, com a finalidade de abreviar-lhe o sofrimento. Troca-se, a pedido do ofendido, um doloroso prolongamento de sua existência por uma cessação imediata da vida, encurtando sua aflição física.

ORTOTANÁSIA

A Ortotanásia, também chamada Eutanásia Passiva por alguns autores, diz respeito a uma abstenção por parte do médico de qualquer ação que mantenha o paciente vivo, que não haja um prolongamento artificial da vida, deixando que certa doença siga o seu curso normal e leve o paciente a morte.

Em sua obra, Nucci (2020) diz que é um homicídio piedoso omissivo; morte no tempo certo (eutanásia omissiva em sentido lato, eutanásia moral ou terapêutica), deixando o médico de administrar remédios que prolonguem artificialmente a vida da vítima, portadora de enfermidade incurável, em estado terminal e irremediável, já desenganada pela medicina.

Na mesma linha, Lenza (2018) em sua obra proclama que trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite

que ela siga seu curso. É prática 'sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais.

Como veremos ainda neste artigo a Ortotanásia é vista pelo Código Ético de Medicina como procedimento indicado, quando analisado o caso concreto.

MISTANÁSIA

Nesse caso, ocorre a morte antes da hora, seja por imprudência e negligência nos casos de culpa e até por dolo. É conhecido como homicídio miserável.

No mesmo sentido, Nucci (2020) aduz que é o homicídio miserável, ocorrido antes da hora, por descaso social. Destaca, com razão, que, dependendo do caso concreto, pode dar-se homicídio culposo. Mas não se pode ignorar a viabilidade de tal morte ocorrer por dolo do agente, por omissão, quando deveria ter agido. Ou até por dolo eventual. Enfim, somente o caso concreto pode determinar o alcance penal dessa hipótese lamentável.

DISTANÁSIA

Distanásia seria persistência de intervenções terapêuticas em um paciente que está em estado terminal, e que estaria causando sofrimento, ou seja, é o oposto de Eutanásia. É evitada pelos médicos e raramente conta com o apoio da família e do próprio paciente.

Para Nucci (2020), seria a morte lenta e sofrida de uma pessoa, prolongada pelos recursos que a medicina oferece.

SUICÍDIO ASSISTIDO

No suicídio assistido, uma pessoa (pode ser um médico) auxilia esse paciente a morrer, a pedido do paciente. Neste caso o paciente efetua os atos, e a pessoa que auxilia disponibiliza à pessoa as informações ou os meios necessários para cometer suicídio.

Assim, Lenza (2018), conceitua que nesse caso, a pessoa em estágio terminal é assistida para implementação da morte, praticando ela mesma todos os atos que levarão à sua morte.

EUTANÁSIA DO DIREITO BRASILEIRO

Tanto a Eutanásia como qualquer dessas formas de matar ou até mesmo ajudar a matar o paciente, que se encontra em estado doentio grave, sob o ponto de vista legal seria considerado crime.

Embora a Eutanásia não presente na parte especial do Código Penal, a expressão está presente na Exposição de motivos do Código, especificamente no item 39. Trata-se do homicídio praticado por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o chamado homicídio privilegiado, onde é utilizado com exemplo o homicídio eutanásico, nos casos de relevante valor moral. Veja-se:

“Por "motivo de relevante valor social ou moral", o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria, etc.”

Diante de vários projetos de lei, está em trâmite o Projeto de Lei nº 236/12, o qual discorre sobre um Anteprojeto de Código Penal, com muitas mudanças importantes. No que diz respeito à Eutanásia, institui tipo penal autônomo do homicídio no art. 122, veja-se:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de Ilícitude

§2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstancia esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Observa-se que há previsão no §1º de isenção de pena, com base nas circunstancias do caso, bem como a relação de parentesco e de laços de afeição.

Já no §2º, trata-se da exclusão da ilicitude da Ortotanásia, procedimento referente ao tema da Eutanásia, já conceituado neste presente artigo. Entretanto, há outro Projeto de Lei em trâmite (nº 6715/09), no mesmo sentido, onde se discute apenas a inclusão do art. 136-A ao Código Penal:

Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.

§ 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal.

Esse procedimento é muito debatido, e a previsão no anteprojeto sobre a Ortotanásia é correta, levando-se em conta o que ocorre diariamente nos hospitais, e o reflexo social que tal instituto trouxe. Em sua obra, Nucci (2020) aduz que essa previsão nem precisa ser aprovada, pois, como se afirmou, a ortotanásia não pode ser considerada um homicídio, se algum instituto merece debate, para inclusão ou não em lei, é a eutanásia ativa.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1805/06 traz que na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Trata-se da prática da Ortotanásia, que mesmo não havendo previsão legal para tanto, já é praticada nos dia-a-dia, inclusive nas palavras de NUCCI (2020), se uma pessoa está desenganada, qualquer medida para prolongar-lhe a vida, de maneira artificial, depende única e exclusivamente de seu consentimento. Fora disso, cabe ao médico garantir-lhe uma morte digna. Debate-se, no direito brasileiro, a possibilidade de se acolher alguma dessas formas de eliminação da vida humana (eutanásia ou ortotanásia) como excludente de ilicitude, fundada no consentimento do ofendido.

Fernando Capez (2020), em sua obra nos ensina que essa possibilidade está presente desde que exista autorização expressa do paciente ou de seu responsável legal.

É previsto no Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem em seu artigo 29 que é proibido promover a eutanásia ou participar em prática destinada a antecipar a morte do paciente, bem como previsto na Resolução nº 1931/09, o Código de Ética Médica, em seu artigo 41 a vedação da prática de Eutanásia. Entretanto em seu § Único, diz que nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Novamente, é previsto expressamente da prática de Ortotanásia, reconhecida como procedimento ético, que para a doutrina majoritária jurídica, resta o entendimento de que a prática da Ortotanásia enseja tipificação de homicídio privilegiado, aquele cometido por valor moral.

Para Nucci (2020) é inconteste que a ortotanásia, admitida pelos médicos como conduta ética, é largamente utilizada no Brasil, em qualquer hospital. Quando o paciente atinge momentos derradeiros da sua vida, padecendo de gravíssima enfermidade, sem qualquer perspectiva real de cura, a sua família, juntamente com o médico responsável, termina decidindo pela morte digna, sem mais sofrimento.

Outra Resolução do Conselho Federal de Medicina (nº 1995/12), dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e automaticamente, sua vontade, chamado de testamento vital.

Aliás, foram ajuizadas Ações Cíveis Públicas, promovidas pelo Ministério Público Federal – MPF, para que fossem reconhecidas as nulidades das Resoluções nº 1805/06 e nº 1995/12. Em ambas as resoluções, o MPF entendia que o Conselho Federal de Medicina – CFM não tinha competência para estabelecer como procedimento ético uma conduta que é tipificada como crime.

Entretanto, as Ações Cíveis Públicas referentes às Resoluções nº 1805/06 e 1995/12 foram julgadas improcedentes quanto aos pedidos, pois nas sentenças foram reconhecidas as constitucionalidades das resoluções.

DIREITO À VIDA

Quando da análise dos Direitos Fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º “caput”, ao Direito à vida é garantido a inviolabilidade.

A partir dessa premissa, Alexandre de Moraes (2020) aduz em sua obra que a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Destaca-se então, que é previsto constitucionalmente a inviolabilidade e a dignidade à vida. Surge a dúvida se esse direito abarcaria o direito de morrer dignamente, já que o mesmo não é previsto expressamente na carta magna.

Nessa linha, foi impetrado Mandado de Injunção em 22/11/2017, onde o impetrante sustentou que não se encontra expressamente positivado na Constituição Federal o direito fundamental à morte digna, e que cada ser humano deveria ter a autonomia no direito de determinar seu destino vital nos casos de enfermidade grave ou incurável. Pleiteou a determinação de prazo razoável para que os requeridos promovessem a edição de norma regulamentadora do direito fundamental à morte digna, e na hipótese de não ser suprida a omissão impugnada dentro do prazo determinado, que sejam estabelecidas as condições em que se darão o exercício do referido direito fundamental.

O relator, Ministro Edson Fachin, em 04/12/2017, entendeu por negar seguimento ao mandado de injunção, pois não haveria dever jurídico-constitucional de o legislador regulamentar o suposto direito à morte digna e, não reunindo as condições exigidas para seu cabimento. A referida decisão monocrática foi impugnada através de agravo interno.

Em acórdão, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Agravo Regimental no Mandado de Injunção 6.825 por ilegitimidade ativa, vista que o impetrante não é vítima de doença em estado terminal e também não se encontra em estado vegetativo, ou seja, não é titular do direito cuja exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora.

Em voto o Ministro Luís Roberto Barroso assevera que:

“no caso da morte com assistência ou com intervenção, há a prevalência da ideia de dignidade como autonomia. Isso por conta tanto do sistema de ampla proteção da autonomia individual traçado na Constituição de 1988, como também pelo fundamento filosófico mais elevado em se tratando de escolhas existenciais do indivíduo. Afinal, não é função do Estado estabelecer um código moral único em detrimento da liberdade e da independência ética que cada pessoa deve ter. A conclusão a ser feita é de que cada indivíduo deve ter o direito e a responsabilidade de realizar suas escolhas existenciais e não ser obrigado a sofrer por um período prolongado de tempo, privado do domínio normal sobre o seu próprio corpo.”

De fato, apesar de que o Agravo Regimental ter sido desprovido por questão de ilegitimidade ativa, ou seja, por falta de requisito fundamental para a concessão, nota-se que se preenchidas as condições de admissibilidade, o Mandado de Injunção poderia ter proporcionado um debate entre o tema com o legislador.

Diante disso, em sua obra, Lenza (2018), nos ensina que o direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5.º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, de não ser privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.

Para Alexandre de Moraes (2020), a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive uterina, porém, como os demais Direitos Fundamentais, de maneira não absoluta, pois como destacado pelo Supremo Tribunal Federal, “reputou inquestionável o caráter não absoluto do direito à vida ante o texto constitucional, cujo art. 5º, XLVII, admitiria a pena de morte no caso de guerra declarada na forma do seu artigo 84, XIX. No mesmo sentido, citou previsão de aborto ético ou humanitário como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade no Código Penal, situação em que o legislador teria priorizado os direitos da mulher em detrimento dos do feto.

Partindo desse entendimento, o direito de morrer dignamente, não previsto constitucionalmente poderia ser abarcado, porém, a partir disso, outra etapa deverá ser superada, refere-se a uma análise jurídica da Eutanásia.

CONCLUSÃO

De fato, o tema referente à Eutanásia desperta na sociedade amplo debate, haja vista que há quem concorde com a prática, e há quem discorde, ainda mais, por esbarrar em dogmas éticos, morais, jurídicos, políticos e religiosos. Assim, ao adentrar em um estudo jurídico, o Direito à vida, presente como Direito Fundamental pela Carta Magna de 1988, deve sempre estar em supremacia sobre outros direitos.

Claramente que quando a sociedade tem em debate um tema que gera muita discordância e com os grandes avanços da medicina constantes, em um Estado Democrático de Direito, que preza pelo governo para o povo, se para uns a morte é assustadora, para outros a morte é vista como uma solução, tendo em vista que a sua dignidade, tão prevista constitucionalmente e que já não faria mais sentido.

Entretanto, vemos a prática da Ortotanásia diariamente, mesmo não tendo previsão legal, porém, pela aceitação da sociedade, se tornou atípica. E é fato que ninguém pode ser obrigado a viver em estado vegetativo, terminal, porém não cabe a um médico decidir sobre vontade e a própria vida de um paciente.

Contudo, preza-se pela necessidade de uma reflexão social perante o tema e um posicionamento jurídico, pois é fato que argumentos contrários e favoráveis sempre terão, e, portanto, nesse contexto, não poderá a Eutanásia ser sustentada diante da realidade social contemporânea.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 26 de junho de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em: 26 de junho de 2020.

CAPEZ, F. Curso de Direito Penal - Parte especial - arts. 121 a 212 / Fernando Capez. V. 2 – 20. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

JESUS, D. de. Direito Penal - Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio – arts. 121 a 183 do CP / Damásio de Jesus; atu-alização André Estefam. – vol. 2 – 36. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

LENZA, P. Direito constitucional esquematizado® / Pedro Lenza. – 22. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado®)

MORAES, A. de. Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

NADER, P. Filosofia do direito / Paulo Nader. – 26. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, G. de S. Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 do código penal / Guilherme de Souza Nucci. - 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FEMINICÍDIO: DO LUTO À LUTA

Joice Caroline Gonçalves Forti, Lucas Ferreira Furlan

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: joiceforti11@gmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade analisar o processo histórico e estrutural do Femicídio no Brasil, correlacionando a desigualdade de gênero com a ocorrência da violência contra a mulher, que permanece vigente e crescente na realidade brasileira. Além disso, compreender a persistência no decorrer do tempo dos diversos tipos de violência, que incluem a ampla sucessão de abusos, desde verbais, físicos e sexuais, como o estupro, e inúmeras formas de mutilação e de barbáries incessantes, revelando o cerne de uma sociedade eminentemente patriarcalista e machista. O artigo traz a análise de mudanças decorrentes da Lei 13.104/2015 que alterou o artigo 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, instituindo o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Dessa forma, torna-se primordial o cumprimento absoluto da legislação, necessitando de maior visibilidade e rispidez, com o desígnio de punir e prevenir mortes prematuras, injustas e evitáveis.

Palavras chaves: Femicídio, Violência doméstica, Mulher e Direitos.

FEMINICIDE: FROM MOURNING TO STRUGGLE

ABSTRACT

This article has turned the historical and structural process of Femicide in Brazil, correlating gender inequality with the occurrence of violence against women, which remains in force and growing in the Brazilian reality. In addition, understanding the persistence over time of different types of violence, which includes a wide range of abuses, ranging from verbal, physical and sexual, such as rape, and the forms of mutilation and incessant barbarism, revealing the core of a eminently patriarchal and sexist society. The article presents the analysis of changes resulting from Law 13,104 / 2015, which amended article 121 of Decree-Law No. 2,848, of December 7, 1940 - Penal Code, instituting femicide as a qualifying circumstance for the crime of homicide. Thus, absolute compliance with the legislation is essential, requiring greater visibility and sharpness, with the aim of punishing and preventing premature, unjust and preventable deaths.

Keywords: Femicide, domestic violence, woman, rights.

INTRODUÇÃO

Desde o princípio, a sociedade foi estruturada com idealizações patriarcais, o domínio social era centralizado nas mãos dos homens, fazendo com que mulheres assumissem papéis secundários.

De acordo com este controle social, as mulheres eram criadas para se subordinarem e servirem aos homens, sendo assemelhadas a criaturas irracionais, dependendo de alguém para reger as suas vontades e antepor os seus direitos.

A sociedade se desenvolveu mediante tais circunstâncias, provocando assim, a desvalorização da identidade feminina, atribuindo a estas, condições inferiores e desiguais.

Até os dias atuais, inúmeros são os reflexos que tal discrepância histórica ocasionou, poucas conseguem se inserir no mercado de trabalho e garantir sua independência financeira, ou até mesmo ocupar cargos políticos, infelizmente carecem de melhores condições de trabalho, concorrências justas e igualitárias.

Todo este contexto faz com que o sexo feminino necessite de leis próprias e amparo legal, frente a incalculáveis atrocidades cometidas em consequência de ser mulher. A sexualidade feminina ainda é desvalorizada e reprimida.

Contudo, ser mulher no Brasil é efetivamente um ato de bravura. As estatísticas impedem omitir a urgência na necessidade de se promover políticas públicas que imperativamente assegurem à mulher uma vida livre e independente, sem violência, em todos os estágios de sua vida.

O objetivo deste trabalho, é apresentar e sistematizar considerações acerca da criminalização do feminicídio, e depreender de uma reflexão sobre as infatigáveis lutas pela judicialização do cenário atual.

METODOLOGIA

O presente artigo foi realizado por meio do método hipotético-dedutivo, baseado em pesquisas de caráter teórico e bibliográfico, sendo realizadas leituras de doutrinas nacionais e artigos eletrônicos, que possibilitaram o desenvolvimento de argumentos e opiniões específicas.

FEMINICÍDIO: BREVES CONSIDERAÇÕES

O termo Feminicídio surgiu na década 1970 em um discurso feito pela escritora Diana Russel, perante o tribunal Internacional Sobre Crimes Contra As Mulheres, em Bruxelas, sendo descrito como o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres.

O conceito retrata o assassinato de mulheres por homens, motivados pelo ódio, menosprezo, prazer ou sentimento de propriedade.

Essa forma de assassinato não constitui uma ocorrência isolada e imprevista, remete-se a um processo contínuo, cujas raízes misóginas demonstram o decorrente uso de violência extrema contra mulheres.

A Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria Da Penha) é um exemplo da luta contra a violência doméstica. Maria da Penha Maia Fernandes, foi vítima de violência por parte de seu ex-marido por um longo tempo, chegando a ficar paraplégica em virtude das agressões sofridas, infelizmente ela não obteve a proteção efetiva do poder público, pois a lei anterior, atribuía aos agressores um tratamento tênue, estes eram punidos com penas alternativas e brandas, como a prestação de serviços à comunidade.

Graças a luta incansável de Maria da Penha, hoje as medidas se constituem na efetiva distanciação do agressor do lar da vítima e dos filhos, bem como na fixação de alimentos (Pensão Alimentícia e Provisória), atribuindo também, condições a serem ajustadas acerca da visita aos filhos menores e a fixação da guarda.

Apesar de extremamente importante, a Lei Maria da Penha, ainda não prescrevia o crime de Feminicídio, pois trouxe regras processuais constituídas para proteger a mulher vítima de violência doméstica, estipulando punições com o intuito de coibir tais atos, no entanto, sem categorizar novas condutas. Dessa forma, o feminicídio não era previsto na Lei nº 11.340/2006.

Por consequência, o feminicídio era compreendido como homicídio qualificado por motivo torpe (Inciso I do § 2º do Artigo 121º) ou fútil (Inciso II) ou, ainda, em virtude da dificuldade da vítima em se defender (Inciso IV). Todavia, não existia a previsão de uma pena maior e própria, ao crime cometido contra a mulher por razões de gênero.

A Lei n.º 13.104/2015 veio transformar esse cenário, acrescentando o inciso VI ao § 2º do art. 121 do CP, provindo expressamente que o feminicídio passa a ser penalizado como homicídio qualificado.

Para que o crime seja qualificado como feminicídio, a Lei 13.104/2015 impõe duas características essenciais, sendo elas, a violência doméstica e familiar e o menosprezo ou discriminação da condição de mulher, relacionando-se diretamente com o sentimento de superioridade e o poder de submissão do autor para com a vítima.

Entretanto, em relação a natureza da qualificadora do crime, existem divergências doutrinárias, alguns juristas acreditam tratar-se de qualificadora objetiva, que são as que dizem respeito ao crime, enquanto outros acreditam que a natureza da qualificadora é subjetiva, caracterizando-se pela vinculação do agente.

Enquanto as objetivas apontam as formas de execução (meios e modos), as subjetivas conectam-se com a motivação do crime.

Portanto, para a corrente majoritária, a qualificadora tem natureza objetiva, como demonstrou o recente informativo 625, do STJ 6ª Turma. HC 433.898-RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 24/04/2018 (Info 625):

Não caracteriza bis in idem o reconhecimento das qualificadoras de motivo torpe e de feminicídio no crime de homicídio praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar. Isso se dá porque o feminicídio é uma qualificadora de ordem OBJETIVA - vai incidir sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, enquanto que a torpeza é de cunho subjetivo, ou seja, continuará adstrita aos motivos (razões) que levaram um indivíduo a praticar o delito.

A qualificadora do feminicídio possui caráter objetivo, visto que, para sua constituição basta que o crime seja praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, isto significa que a morte está ligada à violência doméstica e familiar ou ao menosprezo ao gênero feminino. Em relação a qualificadora do feminicídio e sua natureza objetiva, havendo concurso de pessoas, se comunicarão os demais coautores e partícipes (contanto que integrem o conhecimento dos agentes).

A inserção do feminicídio como qualificadora do crime de homicídio, integra-o na lista de crimes hediondos, sendo esses considerados de extrema gravidade, recebendo um tratamento particularizado pelo Estado. Por isso, têm penas mais duras.

O sujeito ativo do feminicídio normalmente é um homem, mas também poderá ser praticado por mulheres, porém o sujeito passivo obrigatoriamente deve ser uma pessoa do sexo feminino. No tocante as causas de aumento de pena, a Lei trouxe três situações que ocasionarão no aumento de 1/3 a 1/2, contudo, haverá aumento se no momento do crime a mulher estiver em período gestacional ou após 3 meses do nascimento da criança, considera-se nessa situação a fragilidade da mulher, encontrando-se em estado físico e psicológico de emotividade. A segunda causa de aumento visa proteger menores de idade, idosas e deficientes, uma vez que nesses três casos é nítida a total vulnerabilidade das vítimas. No terceiro inciso, a pena imposta ao feminicídio será aumentada se o delito for praticado na presença de descendente ou de ascendente da vítima, o legislador compreendeu por proteger o sofrimento que o autor pode provocar aos descendentes e ascendentes da vítima, que certamente presenciando tal atrocidade, terão um terrível abalo psíquico.

Dessa forma, resta considerar que a decisão do poder legislativo é resultado do empoderamento político das mulheres, que por anos buscaram a efetivação de seus direitos sociais, e depois de inúmeras mortes e atrocidades, passaram a atuar como detentoras de seus próprios direitos, lutando com o intuito de dirimir mortes desnecessárias e injustas, cobrando um posicionamento da sociedade e de legisladores, exigindo compreensão, igualdade e proteção.

DISCUSSÃO

Contudo, apesar da tipificação do feminicídio ser fator positivo na luta contra a violência e morte de mulheres, ainda sim são necessárias mudanças frente ao pensamento e comportamento da sociedade brasileira, pois o machismo ainda é visto como regedor social.

A persistência dessa e de outras violências, demonstram a carência de mais políticas públicas, pois mesmo possuindo o conhecimento sobre a existência de tal lei, as mulheres desacreditam na sua real efetividade e acabam deixando de denunciar por medo e insegurança. O Estado precisa implementar novos órgãos especializados para esse tipo de agressão, principalmente em lugares em que o número de crimes é preocupante, fornecendo todo o atendimento necessário para as vítimas.

Dentre as violências que as mulheres são expostas, todas percorrem meios que são apresentados disfarçadamente, sob a face de entretenimento. A mídia impõe a imagem feminina como instrumento de obtenção de prazer e refém da figura patriarcal, motivando não somente o conceito de objetificação da mulher, como acaba por impulsionar o assédio que infelizmente é tão recorrente.

A morte de mulheres não pode ser banalizada, não deve haver desigualdades frente aos seus direitos e posições sociais, a vida humana sem distinção é um direito consolidado pela constituição federal, portanto, o desempenho do Estado deve ser voltado para prevenir assassinatos praticados contra as

mulheres, conferindo uma maior atenção aos casos de agressões consideradas menos graves, bem como o efetivo cumprimento da punição aos agressores, e a garantia dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Mesmo com uma tipificação própria, os casos de feminicídio aumentaram consideravelmente no Brasil, nos confrontando com inumeráveis barbaridades que são noticiadas a todo instante, o feminicídio revela o âmago de uma sociedade doente e machista, de homens que acreditam ter o controle sobre a vida e morte de mulheres, fatos estes que muitas vezes poderiam ser evitados se desde o início houvesse um rigor na aplicabilidade da Lei, revelando por parte a insuficiência do Estado em seu dever de proteção e segurança.

É fundamental a compatibilidade entre estratégias de ação e protocolos, pois sabe-se que somente a Lei penal, isolada de outras medidas e políticas públicas, não é capaz de alcançar a razão do problema da violência de gênero em sua raiz, demonstrando a distância entre os avanços normativos e as práticas sociais.

Contudo, se faz necessário políticas de prevenção e reeducação, visto que apenas a Lei não extingue o crime. Sendo assim, se faz primordial a responsabilidade do Estado e também da sociedade, conceber políticas de educação, assistência social, segurança pública e justiça.

REFERÊNCIAS

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 mar. 2015. Disponível em: Acesso em: 10 jun. 2020

GALVÃO P. Feminicídio #Invisibilidade Mata. Ed 1, 2017, 184 p. São Paulo. Disponível em: https://assetsinstitucionalipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2017/03/LivroFeminicidio_InvisibilidadeMat a.pdf Acesso em: 10 de jun. 2020.

MENEGHEL, S. N; PORTELLA, A. P. Feminicídios: conceitos, tipos e cenários. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, n. 9, p. 3077–3086, jun./ 2020. <https://doi.org/10.1590/1413-81232017229.11412017>

RIZZOTTO, C. C.; SARAIVA, A. Violência de gênero em debate: uma análise das conversações sobre a lei do feminicídio na fanpage do Senado Federal. *Intexto*, v. 1, n. 49, p. 249–269, maio/ 2020. <https://doi.org/10.19132/1807-8583202049.249-269>

GRECO ROGÉRIO, Feminicídio - Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. <http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>. Acesso em 15 de julho de 2020.

MERELES C. Entenda a Lei do Feminicídio e por que ela é importante. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-lei-do-feminicidio-e-por-que-e-importante/> Acesso em: 10 ago. 2020

INFLUENCIA DA MIDIA NO TRIBUNAL DO JURI NO BRASIL

Thiago Neves Dos Santos, Lucas Ferreira Furlan

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: thiagoneves19951@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo teve por objetivo abordar o sistema do Tribunal do Júri com suas características e principalmente sobre as influências externas geradas pela mídia diante dos julgamentos de grande repercussão. Procurou-se, inicialmente apresentar as características mais relevantes quanto ao sistema do Tribunal do Júri, considerando os princípios basilares, os valores envolvidos e principalmente a influência que a mídia tem tido sobre tais julgamentos. O objetivo, portanto, nuclear é apresentar o quanto a mídia tem influenciado nas decisões e quais consequências isso tem gerado para o sistema de julgamento. O método de análise aplicado foi o hipotético-dedutivo, por meio de entendimento das leis gerais existentes a respeito da matéria, bem como de pesquisas de cunho histórico, teórico, bibliográfico e de casos prático da atualidade.

Palavras chaves: Tribunal do Júri – Influencia midiática - Presunção de inocência – liberdade de imprensa.

INFLUENCE OF THE MEDIA IN THE JURY COURT IN BRAZIL

ABSTRACT

The purpose of this article was to approach the Jury Tribunal system with its characteristics and mainly about the external influences generated by the media in the face of highly relevant judgments. Initially, we tried to present the most relevant characteristics regarding the system of the Jury Court, considering the basic principles, the values involved and mainly the influence that the media has had on such judgments. The nuclear objective, therefore, is to present how much the media has influenced decisions and what consequences this has generated for the judgment system. The method of analysis applied was the hypothetical-deductive, through an understanding of the existing general laws regarding the matter, as well as historical, theoretical, bibliographic and practical cases research.

Keywords: Jury Tribunal - Media influence - Presumption of innocence - freedom of the press.

INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri é fundamental para a democracia pois é com ele que o cidadão exerce parcela da justiça nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida, conforme garantia fundamental encontrada no artigo 5º, XXVIII, da Constituição da República.

Partindo da Revolução Francesa, de 1789 em busca de um sistema democrático encontramos a substituição dos magistrados vinculados à monarquia, por um constituído pelo povo visando decisões mais justas e imparciais já que os anteriores eram vistos como corruptos e vinculados aos interesses do soberano, ou seja, o júri surge devido às decisões influenciadas e parciais por parte dos magistrados. (NUCCI, 2015).

No Brasil não era diferente, existia segregações quanto àqueles que seriam jurados com intuito de influenciar futuras decisões, gerando desigualdade e discriminação às demais classes não pertencentes a este rol de possíveis julgadores. (RANGEL, 2018).

Kant de Lima (1995, p. 151, apud Rangel, 2018, p. 56) informa que ao examinar a lista oficial de jurados dos quatro principais Tribunais de Júri da cidade do Rio de Janeiro entre 1977 e 1983, concluiu que sempre incluíam funcionários públicos, bancários e professores, assim distante do objetivo principal que seria “pessoas leigas” uma vez que grande parte possuía instrução superior, inclusive tinham vários

bacharéis em Direito, cita ainda que certo juiz, professor de uma Faculdade de Direito, incluiu uma vez todos os alunos de uma de suas turmas na lista oficial de jurados durante um ano.

Após diversas mudanças, chegamos ao Júri atual, composto por pessoas leigas de qualquer gênero, com idade mínima de 18 anos de reputação ilibada, sendo sorteados 7 jurados dentre os 25 previamente listados pelo poder judiciário para compor o conselho de sentença

Assim após vencido o problema da segregação de classes, Menezes (2003) ensina que o novo problema passa a ser as grandes influências externas por meio da mídia por se tratar do canal mais forte e informação e por trazer fatos e opiniões pré-definidas impondo praticamente um julgamento antecipado.

Diante ao exposto pretende-se identificar as influências presente no tribunal do júri, bem como os aspectos negativos eivados por ela, observando casos de grandes repercussões que foram, de forma direta ou indiretamente, influenciados pela a opinião midiática e suas consequências.

Justifica-se a presente pesquisa pela grande relevância da matéria, uma vez que tais influências interferem no direito à presunção de inocência e conseqüentemente da liberdade daquele que será julgado futuramente, podendo acarretar condenações de pessoas inocentes ou liberdade de pessoas culpadas gerando uma insegurança para a sociedade.

Ressalta também a grande importância acadêmica e científica, em busca de uma reflexão junto à comunidade acadêmica das ciências jurídicas e áreas afins, sobre tais influências e apresentar meios que limitem as opiniões midiática, permitindo apenas a transmissão de informações gerais sem juízo de valor antecipado.

O presente estudo será desenvolvido mediante o método hipotético-dedutivo, buscando uma discussão partindo do raciocínio lógico geral para o particular a partir de levantamento bibliográfico, leitura de livros em bibliotecas on-line/off-line, artigos científicos, pesquisas em dissertações, bem como casos práticos da atualidade.

METODOLOGIA

O presente estudo foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica, usando o método hipotético-dedutivo, leis gerais existentes a respeito do assunto, e o método histórico, para que possamos compreender o ponto de vista da problemática, incluindo-se nesse trâmite, o método comparativo, com base na legislação pertinente e casos práticos.

A coleta de dados foi feita com base nas informações doutrinárias, artigos eletrônicos e leis; após a realização de tal coleta, foi elaborado um quadro descritivo sobre o sistema do Tribunal do Júri, seus princípios e a influência midiática nos julgamentos de grande repercussão com o intuito de chegar o mais próximo da realidade tecendo considerações plausíveis à problemática apresentada.

RESULTADOS

Os resultados obtidos com a reflexão do artigo em tela nos remetem a uma discussão sobre a importância da limitação das informações transmitidas pela mídia, pois estas quando ilimitadas trazem uma opinião que influencia diretamente aqueles que poderão ser sorteados a compor o conselho de sentença de futuros julgamentos do Tribunal do Júri.

DISCUSSÃO

A origem do júri tem sido muito debatida devido à inexistência de matérias concretas sobre o assunto, contudo não se pode negar que já existiam organizações societárias em diversas épocas e lugares organizadas na forma de tribunais populares, julgando seus concidadãos, muito antes do surgimento dos tribunais do júri que temos hoje, e essa escassez de informações deixa vaga e indefinida sua real origem, conforme as palavras de Maximiliano (1954), "As origens do instituto, vagas e indefinidas, perdem-se na noite dos tempos". (apud FREITAS, 2018).

Em 18 de junho de 1822, com a expansão do Júri em toda a Europa, encontramos sua instalação no Brasil, através do decreto do Príncipe Regente próximo a independência, nesse momento já existiam várias leis contrárias aos interesses do soberano e dissonante ao regime jurídico de Portugal evitando que essas

divergências atingissem a Pátria Colonizadora, pois nessa época era idealizado que, o que “era bom para a França o era também para o resto do mundo. (NUCCI, 2015).

Paulo Freitas (2018) confirma o surgimento do Júri com objetivo principal de conter os abusos de imprensa, que surgia após a criação de uma portaria para ditar as medias para a liberdade de imprensa atribuindo a maior amplitude para publicações sem sofrer qualquer embaraço ou censura ficando sujeito a punições somente sobre os abusos sem mesmo retirar-las de circulação, portaria esta criada depois de uma censura ocorrida em 15 de janeiro de 1822 no Rio de Janeiro, onde foi suspensa e recolhida todos os exemplares em circulação, gerando um reflexo negativo e interferindo na liberdade da imprensa até então desamparada por lei.

Conforme ensina Nucci (2015) o júri era composto 24 cidadãos inteligentes, honrados e patriotas para julgar os delitos de abuso de liberdade de imprensa, sob possibilidade de revisão pelo príncipe regente, ou seja, encontramos uma turma de julgadores selecionados de forma parcial em busca da possibilidade de influências por parte do soberano.

Após a Constituição do Império em 1824 o júri deixa de julgar os crimes de imprensa e passa para os crimes civis e criminais sobre delitos incluídos pelas leis daquela época e surge o Júri Federal mediante Decreto 848, de 1890 sendo composto com 12 jurados refletindo a imagem dos 12 discípulos por ser uma época em que a religião tinha grande influência como menciona Freitas (2018, p.14-15):

Em outubro de 1890, por meio do Decreto nº 848, o júri é ampliado para a esfera federal passando a ser composto por 12 jurados, retomando a ideia inicial dos ingleses de se fixar o número de integrantes do Conselho tomando como base os apóstolos de Cristo, em clara alusão à forte influência religiosa que marcava os tribunais populares em suas origens.

Em 1967 com a nova Constituição e com a Emenda Constitucional em 1969 o Júri passa a julgar somente os crimes dolosos contra a vida, mas sem mencionar sobre a soberania, o sigilo das votações e a plenitude de defesa, menções estas que voltam ao texto Constitucional em 1988 com o retorno da democracia em nosso país. (NUCCI, 2015).

Freitas (2018, p.16) conclui que para chegar ao tribunal do Júri que temos hoje, ocorreram inúmeras variações quanto ao número de jurados, quanto aos requisitos objetivos e subjetivos, bem como quanto às limitações quanto ao gênero, momentos em que houve a exclusão das mulheres, seleção por capacidade e classe de pessoas para integrar-se dentre os jurados, e todas essas variações refletia a busca da parcialidade mediante influencias daqueles que detinham o poder nas mãos.

DO TRIBUNAL DO JURI

O Tribunal do Júri atual, conforme a Constituição federal de 1988 e o Código de Processo Penal, é composto por pessoas leigas de qualquer gênero, devendo ter no mínimo 18 anos de idade e reputação ilibada, ficando o conselho de sentença, para cada sessão, composto por 7 jurados sorteados dentre os 25 constantes na lista previamente organizada pelo poder judiciário sendo competente para julgar os crimes dolosos contra a vida.

DOS PRINCIPIOS

Nucci (2015, p.26) menciona sobre os princípios que norteiam o tribunal do Júri, abordando especialmente aqueles que vem explícitos na Constituição Federal, sendo a plenitude da defesa que garante o contraditório e a ampla defesa, o sigilo das votações que garante uma votação em sala separada e de modo sigiloso, menciona ainda a soberania dos vereditos que garante a perpetuidade da decisão tomada pelo conselho de sentença.

Na plenitude de defesa temos conforme Campos (2018, p 7), que tal defesa deve ser plena, completa, acima da média, inclusive possibilitando a dissolução do conselho de sentença pelo juiz nos casos em que entender que o réu esta indefeso, ou seja, a defesa tem que ser perfeita, podendo se valer inclusive de alegações não técnicas que complementem uma defesa plena e completa capaz de proteger o acusado.

Quanto ao sigilo da votação, o autor a justifica pela preocupação com a segurança e tranquilidade dos membros do conselho de sentença, sendo realizada em sala secreta e sem publicidade para garantir a segurança e a independência de cada jurado sem pressões externas.

Diante da soberania do veredito o mesmo afirma que essa decisão coletiva chamada de veredito não pode ser mudada em seu mérito por juízes técnicos, nem mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, mas apenas por outro conselho de sentença desde que comprovada que a decisão fora completamente contrária as provas dos autos.

DA INFLUENCIA DA MIDIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Conforme o exposto temos que tais influencia já existem desde a antiguidade, e por mais que tiveram diversas mudanças nas leis e formas para tais julgamentos ainda assim encontramos da atualidade um júri sendo influenciados por um novo mecanismo qual seja a mídia.

Conforme relata Menezes (2003), a mídia é o meio mais poderoso de informação e com isso as pessoas tendem a seguir a posição firmada por ela e pela pressão social que a seguem, assim quando exposta ilimitadamente cria-se uma opinião própria e potencializada, capazes influenciar diretamente em uma decisão do Júri.

Isso faz com que os jurados do conselho de sentença já levem consigo uma decisão pré-definida, ficando sem importância ou relevância as alegações da defesa no julgamento do júri, o acusado já não é visto como inocente e a defesa já é vista como insignificante e dispensável pois os que ali estão, muitas vezes já estão decididos sobre influencia midiática e pressão popular.

Ressalta-se que a influencia da média no processo penal como um todo é perceptível e inquestionável, sobretudo, ante a diversos casos de notória repercussão nacional, todos recentes, contudo, no âmbito do Tribunal do Júri, tal realidade ainda se mostra mais latente, isso dada sua composição por juízes leigos, como também, pelas peculiaridades dos delitos que são por este julgados.

Neste ponto, pertinentes às lições do professor Alexandre Moraes da Rosa (2015, p.108), ao discorrer sobre a aplicabilidade da teoria dos jogos ao processo penal, note-se:

O crime é produto e melhor se forem bárbaros, por não envolverem disputa, pois ao invés de dividir – todos querem Justiça! – formarão consenso sobre a pena, e interessar à população jogada na inautenticidade do a gente, podendo ocasionar mobilizações em prol do único remédio conhecido – por eles – para conte a chaga do crime: cadeia neles!; se possível linchamento em praça publica, com hora marcada, fogueira, enxofre, muito sangue e patrocinadores a peso de ouro, retornando-se o suplício do corpo dos condenados. Os programas “sangue-show” são conduzidos por jornalistas que se submetem às expectativas mais primitivas do humano, indicadas por *Juvenal: pão e circo*.

Frente esta realidade, a doutrina adverte que em muitas oportunidades, os jornalistas, ao externarem suas visões ou seus próprios valores pessoais, pretendem, até mesmo com boa-fé, transfigurarem-se como os porta-vozes da opinião pública e da comoção popular, muitas vezes acarretada pela prática do crime, orientando, por vezes, fortemente o trabalho dos juízes, chegando parte da doutrina ponderar sobre uma eventual transferência do poder de julgar (BOURDIEU, 1997, p. 82), tal realidade mostra-se, sem dúvidas, ainda mais latente no Tribunal do Júri, dada sua composição por juízes leigos.

Destarte, os atores do processo penal, sobretudo, os advogados, não podem desconsiderar a influência mediática na solução do caso submetido a julgamento, muitas vezes dada a tal realidade, a presunção de inocência do réu fica restrita ao texto constitucional, incumbindo a defesa, frente a todas estas adversidades, a busca por um julgamento balizado pelos princípios constitucionais aplicáveis ao caso.

Dentre os diversos casos que demonstram nítida influência da mídia podemos citar o julgamento de Mizael Bispo condenado pela morte da advogada Mércia Nakashima, a influência foi tanta que o julgamento chegou a ter transmissão ao vivo, sendo a primeira vez da história da justiça de São Paulo, ou seja, além da mídia vir com um posicionamento ferindo a presunção de inocência, temos a pressão sobre todas aqueles que participaram do conselho de sentença em decidir conforme aquele posicionamento.

Todos ali presentes passarão a julgar de forma pressionada, principalmente a defesa em que diante da situação já começa perdendo uma vez que o acusado já é tido como condenado pela mídia, e com uma pressão social clamando mais por vingança do que por justiça.

Assim fica para o defensor a arte de convencer e mudar todo aquele posicionamento negativo imposto pela mídia em um único dia enquanto a mídia tem influenciado durante, dias, semanas ou até meses.

Outro crime bem recente de grande repercussão foi o do jogador de futebol goleiro Bruno do Flamengo, caso em que após o desaparecimento da modelo e atriz Elisa Samudio, sua ex-companheira, foi acusado de e condenado por tal crime dentre os supostos suspeitos.

O que chama a atenção é que não foram encontrados restos mortais da vítima para comprovarem a materialidade do crime, mas a pressão da mídia foi tanta que os jurados acolheram a acusação por meio da materialidade indireta levando o acusado a condenação de vinte e dois anos e três meses de reclusão, mesmo diante do conhecido precedente do caso dos irmãos Naves.

Nitidamente nos deparamos com as consequências destas influências e exposição demasiadas, como o caso do goleiro Bruno que recentemente perdeu um contrato com a diretoria do Operário da Várzea Grande devido à repercussão negativa e de pressões externas da torcida e de patrocinadores, dificultando o recomeço do jogador, situação praticamente irreversível que permaneceu por muito tempo.

CONCLUSÃO

A partir dos breves apontamentos presentes neste trabalho é possível concluir que a mídia tem influenciado diretamente nos julgamentos de grande repercussão através do pré-julgamento e da pressão social que seguem a posição midiática.

Isso se deve ao excesso de informação e a liberdade que a mídia está tendo ao se posicionar antes mesmo de qualquer julgamento, pondo em risco algo que pode não ser possível reverter tal imposição falsa ou duvidosa, bem como geram consequências irreparáveis aqueles que por um erro ou por excesso de exposição vier a ser alvo dela.

Portanto, é de se concluir, desta forma, mediante estudos em legislações, doutrinas, princípios e jurisprudências, que o a mídia deve se conter em informar a sociedade sem se posicionar ou criar juízo de valor frente a processos penais em andamento, pois nem todos os indícios são confirmados e nem toda acusação resta verdadeira, assim tal potência midiática é algo que dificilmente tem volta, e isso causa consequências irreparáveis na vida daquele que está sobre a mira da mídia sem falar que fere diretamente o princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e o processo penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988. Revista Brasileira de Ciência Criminais. n. 94. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

FREITAS, Paulo. Criminologia midiática e tribunal do júri. 2. ed. São Paulo: Impitus, 2018.

MENEZES, Ana Lúcia. Processo penal e mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do júri. 6. ed. São Paulo: Forense, 2015.

RANGEL, Paulo. Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CUNHA, C. W. *Tribunal do Júri - Teoria e Prática, 6ª edição*. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2018. 9788597017724. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017724/>. Acesso em: 19 Aug 2020

RABELO, V. Filho, Contratação de Bruno revolta mulheres, e Operário-MT perde até patrocínio. Uol, 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2020/01/20/contratacao-de-bruno-revolta-mulheres-e-operario-mt-perde-ate-patrocínio.htm>. Acesso em: 19, agosto de 2020.

ROVER, TADEU, São Paulo terá Júri transmitido pela TV, nesta segunda. Conjur, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mar-09/primeira-vez-sao-paulo-julgamento-juri-transmitido-tv>. Acesso em: 19, agosto de 2020.

BOURDIEU, Pierre. Sobre a televisão. Rio de Janeiro: Zahar, Ed 1998.

MORAES DA ROSA, Alexandre. A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal. Empório do Direito/Rei dos Livros, 2015, 2Ed. <https://doi.org/10.5540/03.2015.003.01.0346>

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM TEMPOS DE COVID-19: ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/20

Leticia Rodrigues Biassoti, Silas Silva Santos

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: leticiabiassoti@outlook.com

RESUMO

O presente artigo teve como objetivo refletir sobre a validade da Medida Provisória 954/20 frente a Lei Geral de Proteção de Dados, fruto das investigações do Grupo de Estudos "Acesso à justiça, inovação e sustentabilidade". A metodologia empregada foi a qualitativa com o uso do levantamento de dados por meio da pesquisa bibliográfica. Com isso, observou-se se faz urgente o reconhecimento da importância da Lei para a sociedade contemporânea.

Palavras-chaves: Lei. Vigência. Proteção de dados. Medida Provisória. Covid-19.

GENERAL DATA PROTECTION LAW IN TIMES OF COVID-19: ANALYSIS OF THE PROVISIONAL MEASURE Nº 954/20

ABSTRACT

This article has as objective to reflect about the validity of Provisional Measure 954/20 compared to the General Data Protection Law, fruit of the investigations of the Study Group "Access to justice, innovation and sustainability". The qualitative method was used with the use of data collection through bibliographic research. It was observed that there is an urgent recognition of the importance of the Law for contemporary society.

Keywords: Law. Data protection. Provisional Measure. Covid-19.

INTRODUÇÃO

As novas tecnologias trouxeram para a sociedade contemporânea uma transformação no estilo de vida dos indivíduos. A conectividade está cada vez mais presente, o meio digital se tornou ferramenta vital para o estabelecimento de relações e exercício das atividades cotidianas, a utilização da internet, dos *smartphones* e computadores compõe a rotina habitual dos cidadãos, vigora-se a era da informação.

A par das transformações, há o aumento significativo da concentração de dados pessoais nos sítios eletrônicos, o que gera ao Estado o dever de atentar-se para esse fenômeno, atuando com cautela em prol da coletividade na defesa da privacidade e da intimidade. Para essa salvaguarda, existe no ordenamento jurídico pátrio a Lei 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, a qual ainda não entrou em vigor.

Em outra conjuntura, a pandemia que assola o mundo provocada pelo novo coronavírus tem trazido consequências antes inimagináveis, dentre elas, a frequente edição de Medidas Provisórias para tratar de assuntos urgentes de maneira célere a julgar pela situação caótica. A que recebe destaque neste estudo, é a MP 954/20 que prevê a divulgação de dados pessoais dos consumidores pelas empresas de telefonia ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para seguimento das pesquisas em tempos de isolamento social.

Atrelando os dois cenários – defesa de dados pessoais e atos praticados durante a crise mundial, o objetivo do presente artigo é verificar se a Medida Provisória 954/2020 atende aos requisitos previstos na Lei Geral de Proteção de Dados, visando refletir sobre a importância da Lei para a defesa dos direitos do indivíduo.

METODOLOGIA

O presente trabalho vale-se do método qualitativo, uma vez que a compreensão das informações é realizada de forma mais global, inter-relacionada com fatores diversos, não quantificando ou demonstrando o conteúdo por meio dos números e dados. Embora se possa lançar mão de alguma quantificação numa ou outra passagem, tal método destinar-se-á a incorporar a análise descritiva, com a preponderância da interpretação e (re)interpretação do estudo conforme as hipóteses levantadas e o material obtido pelo pesquisador. (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2019)

Para realizar o levantamento dos dados, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, estratégia necessária para a condução de qualquer pesquisa científica, pois se procura explicar e discutir um assunto com base em artigos científicos, textos, livros, jornais, cd's, revistas *etc.*, ou seja, todo o material produzido que já tenha se tornado público e disponível para livre acesso. (MARCONI; LAKATOS, 2019) Dessa forma, o pesquisador entra em contato direto com os argumentos existentes acerca do tema idealizado, o que contribui para a construção de uma base teórica robusta do estudo. (MARTINS; THEÓPLHILO, 2016)

DISCUSSÃO

MEDIDA PROVISÓRIA

A medida provisória (MP) é uma espécie normativa de natureza infraconstitucional e caracteriza-se pela ausência de um processo legislativo para sua elaboração; essa inexistência justifica-se pela modificação do legitimado para legislar: emana do Poder Executivo, que se apropria da atividade legislativa, exercendo função atípica com a finalidade de regular de modo direto e rápido questões emergenciais de interesse público. Não obstante se trate de uma exceção, tais atos normativos de vontade unipessoal do Presidente da República revestem-se de força, eficácia e valor de lei. (VASCONCELOS, 2019)

“Medidas provisórias servem para sanar males irremediáveis que estejam dependendo de providências imediatas, caso contrário haverá danos insuportáveis, cujos efeitos são desastrosos.” (BULOS, 2018, p. 1228) Desta noção extraem-se seus requisitos fundamentais - relevância e urgência -, expressamente previstos no art. 62 da Constituição Federal e que se constituem em conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, não possuem sentido exato e são dotados de imprecisão e vagueza. Logo, a aferição de relevância e urgência envolve juízos de valor, análise à luz do caso concreto, com variantes no tempo e no espaço. (BULOS, 2018)

Para existirem no mundo jurídico, as medidas provisórias atendem as regras gerais estabelecidas na Magna Carta, bem como a Resolução do Congresso Nacional nº 1 de 2002, a qual disciplina o rito interno de tramitação.

Com o texto publicado no Diário Oficial da União, passam a ser contados os prazos referentes à vigência (duração de 60 dias, prorrogáveis por igual período se não houver votação pelo Congresso Nacional) e tramitação no Congresso Nacional. Forma-se inicialmente uma Comissão Mista (em até 48h da publicação), composta por 12 senadores e 12 deputados, responsáveis pela análise prévia acerca dos requisitos relevância e urgência. Ato contínuo, elegem-se o Presidente, Vice-Presidente, de casas diferentes, Relator e Relator-revisor da matéria.

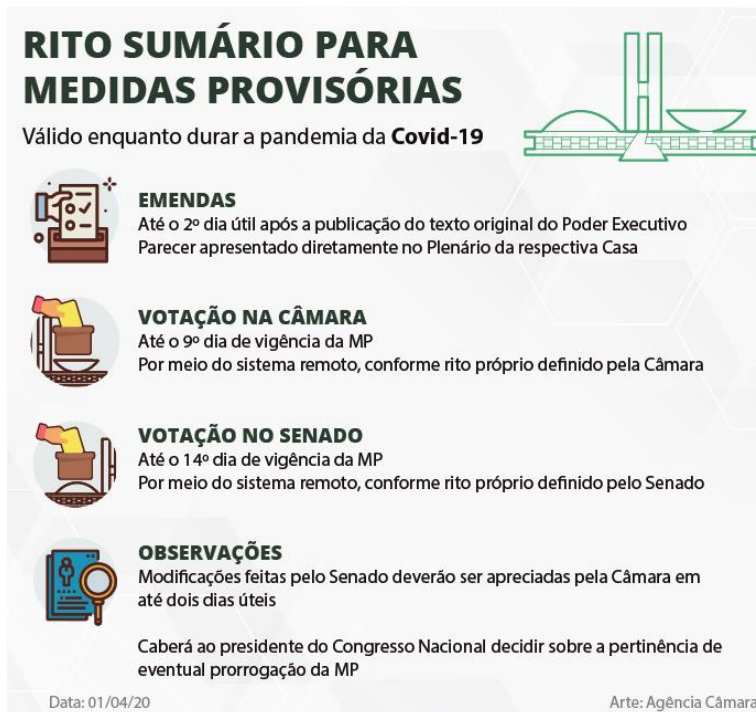
Após discussão, votação e elaboração do parecer, a MP segue para a casa iniciadora, a Câmara dos Deputados. Com a presença da metade dos deputados mais um, quórum de maioria simples, conclui-se pela rejeição ou aprovação; na primeira hipótese, encerra-se a tramitação e ocorre o arquivamento; na segunda, é remetida ao Senado Federal.

No Senado, de igual maneira aplica-se o quórum de maioria simples para deliberação, da qual pode resultar três cenários: rejeição, consequência idêntica da casa anterior; aprovação na íntegra, envio da MP para promulgação tornando-se lei; aprovação com modificações, sem alterações de mérito – sanção do Presidente da República, com emendas de mérito – retorno a Câmara dos Deputados, sendo acatadas ou declinadas.

Por fim, sendo a MP aprovada com modificações a matéria é remetida à sanção do Presidente da República que poderá sancioná-la ou vetá-la, cabendo ao Congresso Nacional o exame do veto e a conclusão da tramitação. Se aprovado o texto original, encaminha-se à promulgação, sem sujeição à sanção ou veto. (CONGRESSO NACIONAL, 2020) Todavia, em virtude do surto da doença causada pelo novo corona

vírus (COVID-19) declarada pela OMS como uma pandemia, alterou-se o procedimento, conforme imagem abaixo:

Figura 1. Rito procedimental Covid-19



Fonte: Agência Câmara, 2020.

A situação caótica causada pelo novo vírus é a maior enfrentada pela humanidade desde a gripe espanhola, no início do século XX, e isso tem causado uma sucessão inédita de medidas provisórias. Nos quatro primeiros meses de 2020 já se somavam 42; a média registrada desde 2001 era de 49 e 50 para o ano todo. Para se ter uma ideia, desde março de 2020 já são 35 medidas provisórias ligadas à pandemia, número correspondente a 75% de todo o volume de 2019 e que se iguala ou supera a quantidade em três dos últimos 11 anos. (AGÊNCIA SENADO, 2020)

Dentre elas, destaca-se a MP 954/20, objeto do presente estudo, editada em 17 de abril, a qual determina o compartilhamento de dados dos clientes de empresas de telecomunicações, telefonia fixa e móvel à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para fins de suporte à produção estatística oficial, por meio de entrevistas domiciliares não presenciais durante a situação emergencial decorrente do novo corona vírus. (MIGALHAS, 2020).

O IBGE em sua plataforma digital esclareceu que a coleta de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua é tradicionalmente realizada de forma presencial nos domicílios selecionados, sendo aproximadamente 70 mil; porém, devido à excepcionalidade enfrentada, tem sido feita por meio do telefone. (IBGE, 2020, não paginado)

Em contrapartida, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) publica mensalmente a quantidade de acesso relativos aos principais serviços de telecomunicação: conforme demonstrativo abaixo, cerca de 225,6 milhões de brasileiros utilizam a telefonia móvel, e 32,2 milhões a telefonia fixa, dados que seriam alcançados pela referida MP e que divergem com a quantidade divulgada pelo IBGE. (ANATEL, 2020)

Figura 2. Painel de dados



Fonte: Anatel, 2020.

No dia 07 de maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia dos dispositivos previstos na MP. Cinco ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas pelo Conselho Federal da OAB, pelo PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira, pelo PSB - Partido Socialista Brasileiro, pelo PSOL - Partido Socialismo e Liberdade e pelo Partido Comunista do Brasil. O argumento central, em todas as demandas, consiste na afirmação de que o conteúdo da MP 954/20 violaria diversas normas constitucionais, de encontro a dignidade da pessoa humana, intimidade, privacidade e sigilos de dados. (MIGALHAS, 2020)

Em um contexto de aumento de pedidos de acesso e compartilhamento de dados pessoais em função do interesse público durante a crise, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) será responsável pela imposição de limites, coibindo o uso indiscriminado e ratificando princípios como o da finalidade e razoabilidade: “[...] a proteção de dados pessoais funciona como um mecanismo de proteção do cidadão.” (COALIZÃO DIREITOS NA REDE, 2020, não paginado) À vista disso, propõe-se o estudo da validade da MP 954/20 frente à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A PANDEMIA E O MEIO DIGITAL

A principal medida de controle e combate ao surto provocado pelo Covid-19, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), é o isolamento social, providência que mudou drasticamente a relação dos cidadãos perante as novas tecnologias. Reuniões de trabalho, aulas, confraternizações, atividades físicas, são atualmente desenvolvidas nas plataformas digitais, como o *Zoom*, *Google Meet*, provocando uma intensa concentração de dados em aplicativos, sites de videoconferência, dentre outros. (COALIZÃO DIREITOS NA REDE, 2020)

De acordo com Kim (2020), a pandemia trouxe dois cenários principais: o primeiro, relacionado à urgência de alocação dos funcionários ao regime de *home office* com a garantia de acesso remoto, gerando um risco a mais no que tange à segurança dos dados; o segundo, em que a população viu-se obrigada a participar dos meios digitais para receber informações, trabalhar e se conectar com as pessoas, tornando-as mais expostas aos ataques cibernéticos.

As práticas adotadas na presente conjuntura não são novas; no entanto, relatos de violação de privacidade tornaram-se cada vez mais comuns, as invasões virtuais triplicaram em um período de três meses. Pesquisas realizadas pela Kaspersky demonstraram que os ataques a dispositivos móveis cresceram 124% em março de 2020, e que os ataques de *ransomware*⁴⁷ no Brasil cresceram 3.5 vezes. Os fatos apontam que o tema de segurança da informação é imprescindível, cautela a ser tomada pelos usuários da *internet* e por aqueles que manejam os dados, o que evidencia a premente necessidade da entrada em vigor da LGPD. (KIM, 2020)

Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

A Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sistematiza o tratamento de dados pessoais das pessoas naturais ou jurídicas em meio físico ou digital, a fim de proteger direitos fundamentais, tais como a liberdade e a privacidade. Para isso, estabelece limitações e regras àqueles que manipulam tais dados. (COELHO, 2019)

A norma salvaguarda o sujeito de dados durante o processamento das informações a ele referentes, ou seja, nas etapas de coleta, uso, compartilhamento, armazenamento, gerenciamento e

⁴⁷ Ransom malware, ou ransomware, é um tipo de malware que impede os usuários de acessarem seu sistema ou arquivos pessoais e exige o pagamento do resgate (ransom) para recuperar o acesso. Disponível em: <https://br.malwarebytes.com/ransomware/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

exclusão. Tal proteção ocorre no momento em que são compartilhadas com o controlador de dados (responsável por estabelecer a finalidade e o modo do processamento) e com o processador de dados, indivíduo que em nome do controlador desenvolve os procedimentos. (REUTERS, 2020)

A proteção de dados pessoais é considerada como um desdobramento da tutela da dignidade da pessoa humana por estar intrinsecamente associada aos direitos fundamentais da intimidade e da privacidade. Os direitos fundamentais estão previstos no art. 5º da Constituição Federal e são considerados cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser banidos ou restringidos na hipótese de modificação do texto constitucional.

Em 2019, o plenário do Senado aprovou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/2019 que inclui a proteção de dados pessoais disponíveis em meios digitais no rol dos direitos fundamentais, o texto segue para votação na Câmara dos Deputados. A senadora relatora Simone Tebet assim considerou:

Constitucionalizar a questão significa o Estado dizer que reconhece a importância do tema, classificando esse direito à proteção de dados como fundamental. Ou seja, o Estado, a sociedade, o cidadão, podem ter direito, como regra geral, ao conhecimento do outro, desde que haja realmente necessidade. Do contrário, é preciso preservar ao máximo a intimidade e a privacidade dos dados. (AGÊNCIA SENADO, 2019)

Enquanto pendente de aprovação, faz-se necessário a existência de mecanismos destinados a regular o tratamento dos dados, com o intuito de evitar discriminações sem fundamento constitucional, como a criação de obstáculos para emprego por determinados grupos, e ainda ações capazes de limitar a liberdade dos cidadãos, como decisões proferidas com base em dados não informados ao titular e sem transparência. Representa, desta maneira, “[...] garantia de maior segurança às informações dos cidadãos e impedindo práticas autoritárias e de vigilância por parte de instituições públicas e privadas.” (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2019, p. 288)

A Lei foi sancionada em 2018 pelo ex-presidente Michel Temer. Adveio do Projeto de Lei Complementar (PLC) 4.060/12, convertido posteriormente pela Câmara dos Deputados para o PLC 53/18, o qual regulamentou a proteção de dados pessoais, alterando a Lei 12.965/16 (Marco Civil da Internet). À época, o período de *vacatio legis* era de 18 meses, de modo que a Lei passaria a vigorar em fevereiro em 2020. (FRANCO, 2018)

Apesar de sua relevância normativa, no início de abril de 2020, o Senado já havia aprovado o Projeto de Lei nº 1.179/20 para modificar a vigência da Lei. A data de entrada em vigor seria mantida para agosto de 2020. Contudo, as sanções somente seriam aplicadas a partir de agosto de 2021. Ao final do mês de abril, foi publicada a Medida Provisória nº 959/20, prevendo em seu art. 4º o adiamento da entrada em vigor de toda Lei para 3 de maio de 2021. Sendo assim, duas são as possibilidades atuais: sem a conversão da MP, a LGPD entraria em vigor em agosto, ou sendo convertida, entraria em vigor apenas em 2021. (LAVADO, 2020)

Consoante Daniel (2019, p. 3), a LGPD nasce com o propósito de harmonizar os interesses legítimos de titulares de dados e de empresas, sem frear, no entanto, o desenvolver tecnológico, servindo “tão somente para compatibilizar direitos e expectativas, de forma a fomentar a inovação e viabilizar o tratamento legítimo dos dados pessoais.” Com isso, o Brasil passa a fazer parte de um seleto e respeitável grupo de países que se preocupam e possuem um nível elevado de legislação no que tange à proteção de dados pessoais, superando a situação atual. (COELHO, 2019)

O modelo proposto pela LGPD indica a inexistência de dados pessoais considerados irrelevantes na sociedade da informação, em razão de serem verdadeiras projeções da personalidade humana. Em razão disso, a norma adota caráter preventivo, visando antecipar os riscos de violação à privacidade e evitar o tratamento arbitrário das informações, vazamento de dados e, por conseguinte, eventual ocorrência de danos à pessoa. (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2019)

A idealização da Lei não constitui tópico de discussão recente, porquanto o tema de proteção de dados foi divulgado para consulta popular na plataforma *online* (culturadigital.org) pelo Ministério da Justiça há aproximadamente 8 anos, possibilitando a participação do público em geral. Aos anos que se sucederam, fatores econômicos e políticos estimularam a criação da regulamentação; dentre eles, Daniel (2019, p. 3) destaca a aprovação do Marco Civil da Internet e a entrada em vigor em maio de 2018 do

Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia 2016/679 (RGPD) ou *General Data Protection Regulation* (GDPR).

Ainda nesse sentido, Ferreira (2020) acrescenta outros motivos ensejadores da LGPD: a necessidade de se ter maior segurança jurídica com a harmonização e atualização de conceitos; a força de atração de investimentos do exterior em razão do nível de proteção legal; e por fim, na esteira do entendimento de Daniel (2019), o fomento cultural em relação à necessidade de se proteger dados atestado pelo RGPD. Desse modo, observa-se que a doutrina majoritária consente ao indicar o Regulamento Europeu e as decisões europeias como fontes de incentivo para o alcance da realidade nacional.

Proteção de dados nos países Europeus

No contexto da Segunda Guerra Mundial avulta a notoriedade do genocídio cometido pelo partido nazista contra os judeus e as minorias. O que poucos sabem, todavia, é que a coleta e o tratamento de dados permitiram à polícia política nazi tornar concreta a ideia de discriminação. Os bancos de dados foram utilizados como instrumento para imposição do totalitarismo; as informações obtidas serviram para “analisar” os cidadãos, se eram “amigos” ou “inimigos” do governo vigente e se havia “pureza” ou “impureza” na raça. Assim, surgiu na Europa pós-guerra a aspiração de conter o acesso de dados àqueles não legitimados a obtê-los (poder indevido). (NAVARRO, 2012)

Em resposta a tamanhas violações, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 estabeleceu o direito à privacidade no art. 12, conteúdo reiterado pelo art. 8º da Convenção Europeia sobre Proteção dos Direitos Humanos e da Liberdades Fundamentais de 1950 e posteriormente no art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966. Já em 1970 foi dado o primeiro e significativo passo rumo à regulamentação dos bancos de dados - A Resolução nº 428 da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa. (NAVARRO, 2012) Em 1976, Portugal foi o primeiro país a ter em sua Constituição (art. 35) a proclamação do direito à proteção de dados pessoais. (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2019)

Fez a mencionada Resolução uma vedação ao acúmulo de informações sobre um determinado indivíduo que o pudesse tornar —exposto e transparente, razão pela qual, nos seus termos, os **governos deveriam armazenar apenas o mínimo necessário de informações pessoais para fins da prestação dos serviços públicos**. (NAVARRO, 2012, p. 6, grifo nosso)

Consagrou-se pela primeira vez a ideia de imparcialidade e eficiência, em razão do que as instituições estatais deveriam priorizar a captação mínima de informações, suprimindo as excedentes e desnecessárias à formação do juízo de valor nas decisões, buscando-se a máxima neutralidade nas deliberações com o mínimo de dados (ou suficientes) captados. Essa noção influenciou diretamente o julgamento, em 1983, de uma causa na Alemanha (BVerfGE 65, 1), que ficou conhecida como o julgado da Lei do Censo (Volkszählungsgesetz). (NAVARRO, 2012)

Naquela ocasião, uma lei alemã determinou que os cidadãos fornecessem uma série de dados pessoais para a realização de pesquisa estatística sobre distribuição espacial e geográfica da população. Havia a previsão de que tais dados poderiam ser cruzados com outros registros públicos para execução de “atividades administrativas”, inexistindo causadora de inúmeras reclamações perante o Tribunal Constitucional alemão. (BIONI, 2020) Em resposta, a Corte declarou a inconstitucionalidade da lei, declarando a existência do direito à autodeterminação informativa como resultante da dignidade da pessoa humana, da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade, um direito de natureza material oponível em face do Estado. (NAVARRO, 2012)

A proteção de dados na Europa foi concebida a partir de evolução conceitos e, ademais, como consequência de um longo caminho percorrido, o qual teve como ponto de partida o reconhecimento da relevância da **privacidade como direito fundamental do ser humano**. (BLUM; MALDONADO, 2019, p. 87, grifo nosso)

A partir deste marco jurisprudencial, houve a convergência das legislações dos membros da Comunidade Europeia, de modo que o direito reconhecido no veredicto recebeu uma proteção jurídica eficiente.

A elaboração de sucessivas diretrizes e normas, que criaram instrumentos apropriados para a manipulação das informações, implicou a alteração da nomenclatura do reconhecimento, antes concebido como autodeterminação informativa, para se afirmar a existência dum direito à proteção de dados pessoais. (NAVARRO, 2012)

Faustino (2016) defende que a Comunidade Europeia concentra a maior regulação acerca da proteção de dados (considerado como um direito fundamental pelo art. 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) em razão da edição da Diretiva nº 95/46. Referido diploma serviu de base para a elaboração de outras legislações nacionais e internacionais, sendo durante muito tempo referência em relação ao tratamento de dados. Atualmente, em razão do RGPD, que unificou o direito europeu quanto à matéria, a Diretiva foi revogada, mas permanece como um exemplo de norma contemporânea e eficaz da legislação da Europa. (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2019)

A entrada em vigor do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679 ocasionou o que Pinheiro (2020, p. 18) denominou de “efeito dominó”, visto que, para a manutenção de relações comerciais com outros países, a União Europeia (UE) passou a exigir desta legislação de mesmo nível que o RGPD, sob hipótese de sofrerem dificuldades nas negociações. Diante dessa postura, observa-se um forte alinhamento entre o Regulamento Europeu e a Lei Brasileira, similitude proposital pretendida pelo legislador nacional, para que nos próximos anos a norma pátria seja reconhecida como adequada ao sistema da Europa, facilitando as transações e cooperação com os países do bloco. (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2019)

Tendo em vista a trajetória europeia apresentada quanto a proteção de dados, sua importância para a defesa da dignidade da pessoa humana, bem como para a sustentação do Estado Democrático de Direito, em que deve-se prevalecer o equilíbrio do poder estatal frente ao indivíduo, e partindo da ideia de que esses elementos influenciaram o legislador brasileiro para a edição da Lei Geral de Proteção de Dados, passa-se a analisar da Medida Provisória 954/2020.

LGPD e MP 954/20

As reflexões até aqui expostas têm por objetivo fornecer uma ambiência propícia para a análise comparativa entre as disposições da LGPD brasileira e a Medida Provisória 954/20.

A Lei Geral de Proteção de Dados possui 65 artigos; já a Medida Provisória conta com apenas 5, sendo 4 tratando da proposta e 1 prevendo a data de entrada em vigor. Para atingir os objetivos traçados nesta pesquisa, 5 artigos da LGPD são pontualmente selecionados para análise frente a MP, sendo eles: art. 2º, 5º, 6º, 7º, 23.

O artigo 1º da MP 954/20 versa sobre a apresentação do tema pelo qual foi instituída, determinando que o nela disposto será aplicado enquanto perdurar a situação emergencial criada pela pandemia do Covid-19, entendimento complementado pelo art. 4º (determinação de eliminação das informações compartilhadas nas bases de dados do IBGE quando superado o cenário pandêmico, salvo necessidade de conclusão de produção estatística oficial já iniciada com o prazo de trinta dias para finalização).

Contudo, em sentido oposto está o art. 2º (BRASIL, 2020), uma vez que dele se podem extrair diversas indagações, conforme se verá na sequência.

O *caput* do mencionado dispositivo indica que as empresas de telecomunicação deverão disponibilizar ao IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, números de telefone e endereços dos consumidores. Ora, de acordo com a definição dada pelo art. 5º da LGPD, esses dados são indubitavelmente pessoais, haja vista constituírem informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável. (BRASIL, 2018)

Em continuidade, o § 1º do art. 2º da MP estipula que os dados serão utilizados direta e exclusivamente pelo Instituto para realização de entrevistas não presenciais, tudo com a finalidade de produção estatística oficial de pesquisas de caráter domiciliar. (BRASIL, 2020)

Nos termos do art. 7º, inciso IV, da LGPD, o tratamento de dados pessoais é autorizado para a realização de estudos por órgão de pesquisa, revelando-se que não há óbice legal para a aplicação do quanto definido pela MP. Entretanto, convém rememorar, de acordo com Oliveira e Cots (2020), que tal hipótese não dispensa o cumprimento dos princípios da LGPD, previstos no seu art. 6º, dos quais se destacam o da finalidade, o da adequação e o da necessidade. (BRASIL, 2018)

O princípio da finalidade estabelece que o tratamento de dados deve ser realizado para fins legítimos, explícitos, devidamente informados ao titular destes e, acima de tudo, específicos, impossibilitando a utilização de forma incompatível com tais propósitos.

Já o princípio da adequação é considerado por Feigelson, Becker e Camarinha (2020) como complementar, porquanto restringe o tratamento somente às finalidades informadas ao titular, com o intuito de tornar o procedimento adequado. Por fim, o princípio da necessidade traz uma limitação: somente deverão ser coletados os dados estritamente necessários para cumprimento da finalidade informada.

Desse modo, parece lícito afirmar que a MP não cumpre os requisitos determinados pela LGPD no que tange à finalidade e, em consequência lógica, à adequação e à necessidade (correlacionadas). É que a utilização da expressão genérica constante do § 1º do art. 2º da MP (produção estatística oficial) não é capaz de enunciar, com o grau de objetividade desejável, sobre o que se refere ou, em outros termos, para quais tipos de pesquisa estaria autorizado o compartilhamento dos dados pessoais.

O § 2º do art. 2º da MP estabelece que o Presidente do IBGE, depois de ouvida a Agência Nacional de Telecomunicações, irá dispor sobre o procedimento para a disponibilização dos dados. O art. 23 da LGPD, por sua vez, indica que o tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527 – Lei de Acesso à Informação – (dentre as quais o Instituto se enquadra), deverá ser feito para atender a finalidade pública. No entanto, deve haver divulgação das hipóteses de utilização, com informações atualizadas e claras sobre os procedimentos e práticas utilizadas, preferencialmente em sítios eletrônicos de fácil acesso. (BRASIL, 2018) (BRASIL, 2020)

À vista disso, constata-se que o § 2º do art. 2º da MP não atende aos regramentos do art. 23 da LGPD, mostrando-se incompleto, haja vista somente determinar a exposição de informações quanto ao procedimento para disponibilização dos dados, imprecisão também observada no §2º do artigo 3º adiante comentado.

Destaca-se, nos incisos do art. 3º da MP, a previsão quanto ao sigilo dos dados (I) e a exclusividade de uso para a finalidade anteriormente tratada (II), matéria consubstanciada nos fundamentos da proteção de dados pessoais do artigo 2º da LGPD, tais como o respeito à privacidade (I), a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (IV), o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação (V), os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (VII). (BRASIL, 2020) (BRASIL, 2018)

O art. 2º da LGPD, por sua vez, retrata uma verdadeira integralização de dispositivos constitucionais no texto normativo, conforme se observa na similaridade da redação do inciso X do art. 5º da CF “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]” (BRASIL, 1988). Feigelson, Becker e Camarinha (2020, p. 19) reforçam a necessidade de se ter todo o processo de coleta, tratamento e armazenamento pautado pelo respeito à privacidade e à liberdade, e que tal incorporação facilita a análise de tema tão sensível, já que o legislador reforça a relevância dos princípios emanados da Constituição Federal como sustentáculos da proteção de dados, “[...] afastando possíveis alongados debates acerca de hermenêutica e diálogo de fontes nos casos concretos.”

No § 2º do art. 3º da MP, frisa-se a existência de um mandamento - o IBGE deverá informar as situações em que os dados foram empregados, e ainda divulgar relatório de impacto à proteção de dados pessoais nos termos da Lei nº 13.709/18 (LGPD). Ao lançar mão da locução “relatório de impacto à proteção de dados pessoais”, sem abranger o que deveria ou não ser mencionado, os detalhes metodológicos pertencentes ao tratamento, dentre outras imposições necessárias estruturadas na LGPD, constata-se mais inexactidões que descumprem a previsão do art. 23 da LGPD.

De maneira indireta percebe-se ainda que a realidade pandêmica tem o condão de afetar inúmeros âmbitos da sociedade, não somente o trato das relações sociais, mas a própria relação jurídica do país. Apesar dos aparentes defeitos contidos na MP 954/20, vislumbra-se no parágrafo §2º do art. 3º a intenção nacional em adequar-se à Lei Geral de Proteção de dados, explícito ao final do artigo. Contudo, em apenas alguns dias depois, o direito tornou-se menos palpável, longínquo em virtude da MP 956/20 que alterou mais uma vez a data de entrada em vigência da tão esperada Lei.

CONCLUSÃO

A reflexão acerca da importância da proteção dos dados pessoais é de longa data, resultado de acontecimentos históricos, julgados e acima de tudo, evolução social. A evolução social trouxe consigo o surgimento da era da tecnologia, da conectividade, e como resultado natural passou-se a observar o aumento de concentração de dados pessoais na internet.

Com tal acontecimento os operadores do direito viram-se defronte de uma nova faceta, além de proteger os dados como parte da dignidade da pessoa humana, haveria de se observar ainda como e por quem estariam sendo tratados. Desse modo, estabeleceu-se a necessidade de limitar as razões para utilização, para fins específicos e determinados, evitando o desvio da finalidade e abuso por autoridades ou agentes de controle.

Em outro cenário, mas não dissociado do anterior, há o surgimento do novo coronavírus. A tecnologia antes vista como opcional para alguns tornou-se ferramenta indispensável em tempos de isolamento social. Assim como a sociedade num todo, o governo também teve que buscar soluções para os impasses frente a situação caótica, como a edição da Medida Provisória 954/20, objeto do presente estudo.

A MP 954/20 apesar de editada para fins legítimos, qual seja, o seguimento da produção estatística pelo IBGE, quando analisada frente a Lei Geral de Proteção de Dados demonstra ser vaga, genérica, não preenchendo as determinações fundamentais da Lei: especificidade, finalidade, adequação e necessidade. Reconhecer a constitucionalidade da MP seria retroceder na história, na história da humanidade, seria dar ao julgado alemão (Lei do Censo) resultado diverso, impedindo que todas as demais conquistas acontecessem.

Assim, observou-se que a idealização de proteção de dados pessoais no Brasil ocorreu de maneira tardia, e em não sendo o precursor, como no caso dos países europeus, notou-se com a Medida Provisória uma falta de cultura nacional no que tange ao tema, ratificada posteriormente com a proposta de adiamento de entrada em vigor, postura esta a ser modificada e adquirida nos anos que se sucedem, haja vista a máxima da contemporaneidade: a sociedade muda, o direito acompanha.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA. **Medida provisória ordena teles a compartilhar dados de clientes com IBGE.** 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/655297-medida-provisoria-ordena-teles-a-compartilhar-dados-de-clientes-com-ibge/#:~:text=A%20MP%20954%20estabelece%20que,procedimentos%20para%20disponibiliza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20dados.&text=A%20medida%20provis%C3%B3ria%20pro%C3%ADbe%20o,estatais%20e%20a%20empresas%20privadas>. Acesso em: 01 jun. 2020.

AGÊNCIA SENADO. **Com coronavírus, abril bate recorde de medidas provisórias em 20 anos.** 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/30/com-coronavirus-abril-bate-recorde-de-medidas-provisorias-em-20-anos>. Acesso em: 02 jun. 2020.

AGÊNCIA SENADO. **Proteção de dados pessoais deverá ser direito fundamental na Constituição.** 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/02/protecao-de-dados-pessoais-devera-entrar-na-constituicao-como-direito-fundamental#:~:text=Prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20dados%20pessoais%20dever%C3%A1%20ser%20direito%20fundamental%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,-Da%20Reda%C3%A7%C3%A3o%207C%2002&text=Ele%20e%20os%20demais%20senadores,cidad%C3%A3os%20que%20circulam%20na%20internet>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ANATEL. **Painéis de dados:** Agência Nacional de Telecomunicações. 2020. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/paineis/acessos#:~:text=Ag%C3%AANCia%20Nacional%20de%20Telecomunica%C3%A7%C3%B5es&text=Os%20dados%20abaixo%20%E2%80%93%20fornecidos%20%C3%A0,indicador%20da%20densidade%20dos%20servi%C3%A7os>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988777/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>
Acesso em: 01 jun. 2020.

BLUM, R. O; MALDONADO, V. N. (org.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados: comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Lei nº 13709 de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 abr. 2020, p. 1. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/04/2020&jornal=602&pagina=1>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172726/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 01 jul. 2020.

COALIZÃO DIREITOS NA REDE. **O estado brasileiro precisa respeitar o compromisso assumido com a proteção de dados pessoais**. 2020. Disponível em: <https://direitosnarede.org.br/2020/03/31/o-estado-brasileiro-precisa-respeitar-o-compromisso-assumido-com-a-protecao-de-dados-pessoais.html>. Acesso em: 03 jun. 2020.

COELHO, L. V (coord). **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Cartilha de Proteção de Dados Pessoais: Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP), 2019. Disponível em: <https://brasilpaisdigital.com.br/wp-content/uploads/2019/02/LEI-GERAL-DE-PROTECAO-LIVRETO-A5-WEB.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2020.

CONGRESSO NACIONAL. **Entenda a Tramitação da Medida Provisória**. 2020. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/entenda-a-tramitacao-da-medida-provisoria>. Acesso em: 28 jul. 2020.

DANIEL. **Conhecendo a Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil LGPD**. Cartilha. 2019. Disponível em: https://www.daniel-ip.com/wp-content/uploads/2019/02/Daniel_Cartilha_LGPD_atual_fev2019.pdf. Acesso em: 06 jun. 2020.

FAUSTINO, A. **A proteção de dados pessoais no Brasil: Breve histórico do direito comparado até a atual realidade brasileira**. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-154/a-protecao-de-dados-pessoais-no-brasil-breve-historico-do-direito-comparado-ate-a-atual-realidade-brasileira/>. Acesso em: 03 jun. 2020.

FEIGELSON, B; BECKER, D; CAMARINHA, S. M. F. (coord) **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERREIRA, S. B. **O que muda com a Lei Geral de Proteção de Dados**. 2019. Disponível em: <http://www.laureadvogados.com.br/artigos/o-que-muda-com-a-lei-geral-de-protecao-de-dados/>. Acesso em: 06 jun. 2020.

FRANCO, L. G. S. Sancionada a lei geral de proteção de dados do Brasil, com veto à autoridade nacional de proteção de dados (ANPD). **Migalhas**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/286117/sancionada-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-do-brasil-com-veto-a-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-anpd>. Acesso em: 10 jul. 2020.

IBGE. **Coleta por telefone**: Pesquisas do IBGE estão em campo com rotina ajustada à pandemia de coronavírus. 2020. Disponível em: <https://respondendo.ibge.gov.br/coleta-por-telefone.html>. Acesso em: 05 jun. 2020

KIM, S. H. J. **A pandemia e seus impactos na segurança da informação**. 2020. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-pandemia-e-seus-impactos-na-seguranca-da-informacao>. Acesso em: 03 jun. 2020

LAVADO, T. Medida Provisória adia Lei Geral de Proteção de Dados para 2021. **G1**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/04/29/medida-provisoria-adia-lei-geral-de-protecao-de-dados-para-2021.ghtml>. Acesso em: 06 jun. 2020.

MARCONI, M. D. A; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010770/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MARTINS, G. D A; THEÓPHILO, C. R. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009088/cfi/6/2\[;vnd.vst.idref=cover\]!](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009088/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!). Acesso em: 20 jul. 2020.

MEZZAROBBA, O; MONTEIRO, C. S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611560/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MIGALHAS. **STF**: Suspensa MP que prevê o compartilhamento de dados com o IBGE. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/326336/stf-suspensa-mp-que-preve-o-compartilhamento-de-dados-com-o-ibge>. Acesso em: 05 jun. 2020.

NAVARRO, A. M. N. D. P. O direito fundamental à autodeterminação informativa. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI. **Direitos Fundamentais e Democracia II**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>. Acesso em: 02 jun. 2020.

OLIVEIRA, R; COTS, M. (coord) **O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PINHEIRO, P. P. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613625/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 01 jun. 2020.

REUTERS, T. **Lei Geral de Proteção de Dados: impactos e mudanças no uso e na coleta de dados pessoais**. 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/thomson-reuters-legal-whitepaper-lei-geral-de-protecao-de-dados.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2020.

TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord) **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. <https://doi.org/10.33242/rbdc.2020.01.009>

VASCONCELOS, C. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609741/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 02 jun. 2020.

O CRIME DE ABORTO E A EFETIVA TUTELA DA VIDA DO CONCEPTO

Khetlen E F Marinho Dos Santos, Gilson S Amancio De Souza

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: ke.tlen@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho refere-se à identificação dos direitos e garantias individuais no contexto atual bem como a defesa da tutela da liberdade individual da vida intrauterina como independente em relação à mãe, que aparta o conceito de autopropriedade rothbardiana e a condição parasitária do nascituro. Afasta-se o arrimo da irresponsabilidade hedonística levada ao paroxismo. Através de um compilado acerca da evolução na seara do Direito em que o fenômeno da aceitação social de uma opinião agressiva à liberdade do concepto que tem, por consequência, a formação de ideologias nefastas que implicam o gravame social de arcar com as ominosas consequências dessas apreciações. Busca-se expor a similitude ideológica da defesa do aborto com os postulados morais do Nazismo. O raciocínio jurídico no tocante ao crime de aborto sem exclusão de ilicitude guarda correspondência à tipificação do crime preterdoloso ou preterintencional, sempre em parença com o elemento precípua: a vontade que se regula consoante atrativo da transgressão ou não.

Palavras-chaves: Aborto. Direitos do concepto. Nascituro. Direitos individuais. Direitos da personalidade.

ABORTION CRIME AND THE REALIZATION OF LIFE CONCEPT

ABSTRACT

The article must be one of the goals of freedom of expression and the freedom to make a current individual as a defense of the freedom of individual expression of intrauterine life. as independent of the mother, the concept of rothbardian self-ownership and parasitic disease of the unborn child. The support of the hedonistic irresponsibility led to paroxysm is removed. Through a compilation about the evolution in the area of Law in which the text of the social acceptance of an aggressive opinion to the freedom of the concept that has, consequently, a formation of harmful ideologies that imply the social encumbrance of bearing ominous ones. It seeks an ideological ideology of the defense of power by the moral postulates of Nazism. Legal reasoning is not a crime of abortion without the exclusion of unlawfulness in relation to the typification of pre-intentional or pre-intentional crime.

Keywords: Abortion. Straight from the concept. Unborn. Individual rights. Personality rights

CONSIDERAÇÕES GERAIS: ABORTO E NAZISMO

Os efeitos da Primeira Guerra Mundial atingiram, profundamente, a complexa composição social alemã. A ascensão do Partido Nazista é um processo que atingiu seu ápice em 1932, ano em que a burguesia empobrecida aliou-se definitivamente ao nacional-socialismo. Em janeiro de 1933, o presidente Hinderburg nomeou Adolf Hitler seu chanceler (primeiro ministro) e, em março, criou o Terceiro Reich Alemão¹. Em seguida à instauração imperial, aplicou os objetivos do programa nazista: eliminação de todos os demais partidos políticos para ampliar as suas prerrogativas de poder. Em agosto de 1934, com a morte do presidente Hinderburg, Hitler passou a acumular as funções referentes à chefia de governo e de Estado, tornando-se senhor absoluto da Alemanha. O escopo de seu governo foi a implementação da ideologia nazista apresentada no *Mein Kampf*² que implicava em medidas antissemitas. A base da doutrina era o racismo, com a alegação da existência de uma raça superior, os arianos, cuja missão seria dominar o mundo. Promulgou leis de esterilização para deficientes mentais e físicos para aperfeiçoamento e pureza da raça. O mesmo ocorreu ao povo judeu no eventos do Holocausto e da Noite dos Cristais.

O contexto histórico acima apresentado surge como introdução ao tema para demonstrar que, apesar das ideias, por mais absurdas que possam parecer não devem ser punidas, porém, quando exteriorizadas podem causar reflexos significativos na esfera social. Assim, os efeitos da aceitação social de uma opinião podem, quando considerada certa, gerar agressão à liberdade de outrem, de tal modo a desencadear a morte. A espécie humana e toda forma de vida não podem ser violadas em função de ideologias degeneradas que implicam o alto custo social em pagar as desastrosas consequências dessas opiniões: a morte de inocentes.

Ressalta-se que punições a fatos pretéritos são insuficientes devido à irreversibilidade do dano como ilustrou o estabelecimento do Tribunal de Nuremberg que, malgrado tenha punido muitos dos responsáveis pelo terror hitlerista, não apaga nem repara os danos causados pelo Nazismo.

Na Grécia Antiga, o aborto era realizado de forma a limitar o crescimento populacional e mantê-lo estável. Era uma prática bastante utilizada pelas profissionais do sexo e defendida pelos principais pensadores da época, inclusive expoentes da filosofia clássica como Platão e Aristóteles. O juramento de Hipócrates, escrito em forma de cruz, consiste em um manuscrito bizantino do século XI, acolhido pelo Conselho de Medicina Nacional como parâmetro e que estampa: “(...) *aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva*” ratificado em 1983 pela Declaração de Genebra.

METODOLOGIA

Quanto à metodologia, para o desenvolvimento deste artigo, será aplicado essencialmente o raciocínio dedutivo, iniciando por uma compreensão geral através da leitura de fatos históricos, doutrinas, jurisprudências e leis.

O FETICÍDIO NO DIREITO BRASILEIRO

Data de 1830 o primeiro compilado de leis a tratar, especificamente, da proibição do feticídio. Este, no artigo 199³ punia com pena de prisão com trabalho por um a cinco anos o agente-infrator que praticasse o desmancho ou tentasse fazê-lo, inclusive seus cúmplices. O Código Penal de 1940 nos artigos 124 a 127 dispõe as várias formas de punição ao crime de aborto. No artigo 128, estabelece as causas de exclusão do crime nos casos de móvito necessário para tutelar a vida da mulher, no caso de gravidez resultante de estupro e com previsão do Poder Judiciário que acrescentou o abortamento do feto acometido de anencefalia, que torna praticamente inviável a vida extrauterina e a escusa se estende a casos similares.

O início da vida inspira grandes perguntas. A crítica de Roberto Vidal é que o poder legiferante foi relapso: “uma Constituição detalhista, com 245 artigos, mas que preferiu deixar o aborto para a legislação ordinária”. O Brasil como signatário do Pacto de São José da Costa Rica enuncia que a personalidade civil da pessoa se inicia com o nascimento com vida em consonância com o artigo 2º do Código Civilista Brasileiro; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A corrente preconizada pela professora titular da USP Silmara Juny Chinellato que a proteção referente ao nascituro abrange a vida embrionária. Esta como principal precursora da tese no Brasil defende a Teoria Concepcionista em que sustenta que o nascituro é pessoa humana, o qual Maria Helena Diniz classifica como personalidade jurídica formal. O direito à vida é a base para qualquer sociedade moral, sendo, ainda, um direito natural.

A palavra aborto tem origem no termo latino *abortus*, derivado de *aboriri* (perecer), *ab* significando distanciamento e *oriri* nascer (Koogan & Houaiss, 1999). Frederico Marques ensinava que “*para o Direito Penal e do ponto de vista médico-legal, o aborto é a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção*”. Aborto consiste em interromper a gravidez tendo como consequência a morte do “*infans conceptus*”⁴ e posicionar-se contra a aborto significa não reconhecer fundamentações plausíveis para justificar a decisão voluntária que implica no fim da vida não nascida por meio do desrespeito ao direito à vida do fruto da concepção.

Nesse sentido cabe transcrever para elucidação a fundamentação apresentada pelo, então Procurador Geral da República, Claudio Fonteltes, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-DF que apresentou à Suprema Corte:

1. A tese central desta petição afirma que a vida humana acontece na, e a partir, da fecundação.
2. Assim, a lição do Dr. Dernival Silva Brandão, especialista em ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina, verbis:

“O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozoide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinadas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com seu próprio código genético.”

A ILEGITIMIDADE DO ASSASSINATO DA VIDA NÃO NASCIDA

Em defesa do aborto Rothbard (2010) entende que:

“A maioria dos fetos está no útero da mãe porque a mãe consentiu a esta situação, porém o feto está lá pelo livre e espontâneo consentimento da mãe. Mas, se a mãe decidir que ela não deseja mais o feto ali, então o feto se torna um invasor parasitário de sua pessoa, e a mãe tem o pleno direito de expulsar o invasor de seu domínio. O aborto não deveria ser considerado um “assassinato” de uma pessoa, mas sim a expulsão de um invasor não desejado do corpo da mãe. Quaisquer leis restringindo ou proibindo o aborto são, portanto invasão dos direitos das mães.”

A vida não nascida não é parasita biológico, assim, a amblose não pode ter respaldo de sua legitimidade pela relação de dependência com o outro ser. Afinal, a existência apenas ocorreria em função da mãe. Analogia que se mostra descabida quando se realiza extensão a recém-nascidos, incapacitados e idosos, que também dependem de terceiros para sobreviver. O poder de decisão da mulher não se fundamenta quando o resultado é a anulação completa da vida em gestação de uma criança. É irrelevante se haverá provisão do sustento da criança, a fila de adoção também é grande e eugenia não é o caminho. O aborto não é simplesmente uma expulsão, pois resulta na morte de um indivíduo. Se não for caso de estupro ou risco à vida da gestante, deve ser mantida a gravidez na hipótese de absoluta viabilidade da vida extrauterina pois é consequência de ato pretérito por livre e espontânea vontade. Logo, não se explica pela liberdade da mulher com base em autopropriedade e sim em um assassinato.

A expressão “estado laico” pode ser definida genericamente como a separação entre poder político-estatal e poder político-religioso, e comumente vem expressa na vedação legal de interferência do poder religioso (ou de argumentos religiosos) nas questões e decisões do Estado. Na constituição de um Estado Democrático Moderno, a laicidade é um pressuposto de existência, ou seja, nas democracias modernas deve se adotar um conjunto de valores, princípios e direitos fundados em razões públicas (argumentos racionais/valores éticos de determinada sociedade, princípios jurídicos e direitos legais reconhecidos democraticamente por uma determinada sociedade) que possam ser compartilhados por todos, e não direitos ou obrigações fundamentados em dogmas específicos (argumentos religiosos ou metafísicos), que não possam ser refutados racionalmente.” Destarte, fundamentado com o jusnaturalismo, a tipificação no Código Penal e nas garantias constitucionais do direito à vida com maior proximidade do direito absoluto refutar-se-á a pertinência da amblose. A liberdade pessoal tem como limite as consequências de seus atos nocivo a terceiros para que não se confunda com libertinagem. Exterminar a vida que surge para não assumir o resultado de uma ação anterior é a negação máxima da responsabilidade individual – irresponsabilidade hedonista levada ao paroxismo.

Assim como há a tipificação do tipo penal preterdoloso ou preterintencional, na qual a escolha da vontade é limitada a um determinado objeto, e outro resultado é produzido em razão de imprevidência e descuido em que se assume o risco de realizar uma conduta, é assim que desencadeia a responsabilidade pelo fato, ocorrendo resultado diverso do previsto: de ato sexual à gestação. Todavia há previsibilidade da possibilidade do resultado. Como bem acentua Pimentel: “é somente a combinação de dois elementos – dolo e culpa – que se apresentam sucessivamente no decurso do fato delituoso: a conduta inicial é *dolosa*

(ato sexual), enquanto o resultado final dela advindo é *culposo* (a gravidez).” Se houve vontade de realizar um ato sexual há consciência de que pode gerar uma gravidez, ainda que para esta não haja “dolo”. Houve nexos causal que liga o sujeito ativo ao evento gravidez. Por isso há exclusão de ilicitude e legalização para o aborto quando há risco para o feto (havendo real conflito de interesses), na hipótese de inviabilidade, pois a vida tutelada é aquela com alteridade com potencial e pode ser evitada pelas expectativas que geram à mãe, reduzindo o impacto psicológico que seria adiar a morte da vida inviável e quando não houve consentimento, pois não teve assunção de responsabilidades de modo a permanecer o elemento vontade.

Outrossim, estende Pimentel: “Nos termos do Código Penal, o aborto está inserido no capítulo dos crimes contra a vida. Isso significa que, na legislação brasileira, a tutela penal é dirigida em favor da vida do conceito e não da integridade física ou da saúde da gestante. Por isso, não há espaços para considerar argumentos relativos à liberdade da gestante sobre o próprio corpo.” Afastando-se, assim, por completo que o feto é porção do corpo da mulher, no Direito Romano, *mulieris portio*.

Expende o insigne Nelson Hungria (1981) que, dizer-se, além disso, que o feto é simples *portio viscerum matris* não representa a verdade, quer do ponto de vista biológico, quer sob o prisma jurídico; mas a negar-se a qualquer autonomia do produto da concepção, ter-se-ia de reconhecer que ele não é apenas *pars mulieris*, senão por *pars patris*, isto é também um depósito da vida paterna. O direito ao aborto livre, por parte da mãe, colidiria com o inegável direito à prole por parte do pai, como, aliás, já reconhecia o direito romano. Um governo que sanciona o aborto sanciona a agressão. Concedendo direito e privilégios a alguns que tentam corrigir suas atitudes inconsequentes punindo o nascituro indesejado e inocente que suportará a pena de ser prematuramente eliminado, sem qualquer chance de defesa respaldada na liberdade seletiva: privilégios a uns e agressão e violação de direitos a outros. Sendo esta uma atitude imoral, ilegítima, injusta e destrutiva.

A aplicação do *in dubio pro reo* aproveita-se, perfeitamente, nesse aspecto. Em uma análise hipotética na dúvida entre ser legítimo ou não o ato de abortar, o não fazer é mais propício, afinal, no erro, uma vida seria sacrificada consagração da morte. Portanto, não se justifica eximir de responsabilidade quem, por cômoda opção, sacrifica a vida, ainda que antes de vir à luz, por razões de mera conveniência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aborto, sendo um crime contra a vida, deve ser punido, excetuando-se as hipóteses legais. Sua punição é aceitável do ponto de vista jurídico em respeito ao princípio da liberdade, da não agressão e do direito à vida. A questão desafiante para o Direito é ponderar os valores preeminentes para resguardar o direito natural inerente ao indivíduo no âmbito das decisões judiciais e fundamentos legais para evitar potenciais prejuízos aos que violam a esfera de direito de outrem tendo como consideração que o feto não é autopropriedade da gestante. “Os que defendem a possibilidade de interrupção da gestação tendem a focar a questão nos direitos da mulher, e não no limite ético de definição da vida” (HOWARTH; LEAMAN, 2001).

Existem menções ao aborto nos escritos egípcios sobre a contracepção que datam de 1850 a 1550 a.C., nos quais se falava de receitas com ervas cujas propriedades químicas, descobertas com a ciência moderna, poderiam ser contraceptivas ou causar à mulher aborto e infertilidade (Teodoro, 2007; Riddle, 1992). Com o avanço da tecnologia do século XXI, tais riscos são reduzidos podendo ser, em alguns casos, inexistentes. Deste modo, é imperioso que os envolvidos busquem planejamento familiar de acordo com suas condições financeiras e utilizem métodos contraceptivos para inibir as chances de uma possível gravidez. Não olvidando os meios cirúrgicos como a ligadura de trompas e vasectomia. O poder legislativo não deve buscar a legalização de um ato que fere os direitos naturais, não se direciona à consequência, todavia ao enfoque preventivo.

O controle de natalidade gera reflexos em prol de evitar superpopulações. Como bem enuncia Paulo Nogueira “a verdade, repita-se, é que se torna necessário o planejamento familiar, não só no interesse imediato da própria família, evitando-se dificuldades, como também no interesse mediato do próprio mundo, que se vê ameaçado pelo excesso populacional e suas graves consequências.” E sustenta, ainda, que não é coerente matar covardemente os inocentes indefesos. Na existência de meios adequados de se evitar uma fecundação, deve-se usá-los.

Enuncia Stefan Molyneux que “algumas palavras nunca poderão ser reabilitadas – e nem devem ser. Nazismo, mal, (...) abuso, estupro, assassinato – todas essas são palavras que descrevem os impulsos mais negros da alma humana e nunca poderão ser tornados em coisas boas.”

Um governo que sanciona o aborto , sanciona a agressão de modo a garantir privilégios aos genitores e violar o direito dos nascituros. Assim, por se tratar de um acordo de vontade entre as partes sendo anterior à consumação sexual seria relativizar a responsabilidade pessoal e violar os direitos do feto decorrente de uma ação consentida. Portanto, os princípios consagrados pela Constituição Federal em seu artigo quinto prevalecem, sendo também o primeiro direito do nascituro: o respeito vida. Esta é inegociável e bem maior do ser humano, deste decorre todos os outros direitos e sem este todos os outros são inexistentes e inócuos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, R. M.; ROCHA, M. I. da. Aborto nos países do Cone Sul: panorama da situação e dos estudos acadêmicos. Campinas: Núcleo de Estudos de População, Nepo, Unicamp, 2009. p. 196.

CHINELLATO, S. J. Código Civil interpretado. Silmara Juny Chinellato (Coord.). Costa Machado (Org.). 3. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 28.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

HOWARTH, G.; Leaman, O. (Ed.). *Encyclopedia of death and dying*. Londres: Routledge, 2001, p.1.

HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal – artigos 121 a 136, por Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v.5. p. 277.

KOOGAN & HOUAISS. *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. Rio de Janeiro, Seifer, 1999.

MARQUES, J. F. Tratado de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4. p. 147.

MARTINS, R. V. da S. Aborto no Direito Comparado: Uma reflexão crítica. Belém: CEJUP, 1991. p.30.

MOLYNEUX, S. *Everyday anarchy*. Freedomain Radio, 2008. p. 4.

NOGUEIRA, P. L. Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento. São Paulo: Saraiva, 1995. p.36.

Ibidem., p.37.

PIMENTEL, M. P. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1983. p. 87.

RIDDLE, J.M.M. *Contraception and Abortion from Ancient World to the Renaissance*. Cambridge, MA: Havard University Press, 1992.

ROCHA, F. A. N. Galvão da. *Direito Penal: crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111.

ROTHBARD, M. N. *A Ética da Liberdade*. São Paulo: Instituto von Mises Brasil, 2010. p. 160.

STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510-DF. Indeferimento da permissão de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias. 29/05/2008.

TEODORO, F. J. M. *Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*. Curitiba: Juruá, 2007.

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL FRENTE A INAFSTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Lucas Antonio Da Cruz Souza, Mauricio Silveira

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: lucasantoniobtg@hotmail.com

RESUMO

O artigo científico “O instituto da Arbitragem no Brasil frente a inafastabilidade da tutela jurisdicional” teve o objetivo investigar através da hermenêutica e exegese, alguns princípios processuais a luz da doutrina e jurisprudência o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, com o intuito de contribuir com às discussões nessa área do conhecimento. Considerando os fatos de o judiciário brasileiro estar sobrecarregado e o ordenamento jurídico cheio de problemas, excesso de recursos, excesso de formalismo processual, interpretações dúbias de institutos, sem prejuízo de outras circunstâncias que atentam contra a efetividade do processo, justificou-se a pesquisa. O estudo contempla a análise de alguns princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro. O resultado constatado confirma o entendimento majoritário acerca da controvérsia no sentido de não haver inconstitucionalidade do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa serviu como trabalho de conclusão de curso ao autor e é exposta a sociedade em forma de trabalho científico.

Palavras-chave: Arbitragem no Brasil. Inafastabilidade da tutela jurisdicional. Constitucionalidade da arbitragem.

THE INSTITUTE OF ARBITRATION IN BRAZIL FACING NON-REMOVABILITY OF JURISDICIONAL GUARDIAN

ABSTRACT

The scientific article “The institute of Arbitration in Brazil facing non-removability of jurisdicional guardian” - aimed to investigate through hermeneutics and exegesis, some procedural principles in the light of doctrine and jurisprudence towards the unfathomable jurisdictional protection, in order to contribute with discussions in this area of knowledge. Considering the fact that the Brazilian judiciary is overloaded with lawsuits and the legal system full of problems: excessive resources; excessive procedural formalism; dubious interpretations of institutes, without prejudice to other facts that hinder the effectiveness of the process, this research was justified. This dissertation contemplates an analysis of some basic principles of the Brazilian legal system. The verified result, explicit the majority understanding about the controversy studied being concluded that the institute of arbitration in Brazil does not affront the Brazilian legal system. In addition, this research served as a conclusion work for the author and is now exposed to society in the form of scientific work.

Keywords: Arbitration in Brazil. Non-removability of jurisdictional protection. Constitutionality of arbitration.

INTRODUÇÃO

Naturalmente quase todos conhecem o árbitro de futebol, este é dotado de poderes para decidir conflitos dentro do esporte. Esta figura nos dá uma noção simplória do procedimento arbitral. A arbitragem é um instrumento de resolução de demandas, cuja utilização vem sendo estimulada no ordenamento jurídico brasileiro, com previsão em lei material e processual, como maneira alternativa de resolução de conflitos entre pessoas físicas ou jurídicas.

Estando o judiciário sobrecarregado e o ordenamento jurídico dotado de problemas como: excesso de recursos, que muitas vezes são apenas protelatórios; excesso de formalismo processual; interpretações

dúbias de institutos, sem prejuízo de outros fatos a prejudicarem a efetividade do processo, o risco de insegurança jurídica se instala, se já não ocorre.

Sendo assim, há que se investigar se não atinge frontalmente a garantia da inafastabilidade do poder judiciário, previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

De tal sorte, sem a menor pretensão de esgotar o tema, o objetivo deste trabalho é investigar o instituto da arbitragem, em direção a inafastabilidade da tutela jurisdicional, para concluir se o referido dispositivo pode ser admitido independentemente de controvérsias no ordenamento jurídico brasileiro.

METODOLOGIA

O trabalho empregou pesquisas à jurisprudência, legislação nacional, estudos científicos e doutrinas relevantes na matéria. Foi utilizado o método dedutivo através da exegese para sistematizar os dados coletados a fim de cumprir o objetivo proposto.

CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A arbitragem não é inovação jurídica. Conforme Joel Dias aponta:

A arbitragem é um dos mais antigos institutos de que se têm notícia na história do Direito e especificamente, acerca da jurisdição ou justiça privada, noticiado na Babilônia de 3.000 anos a.C., na Grécia antiga e em Roma. (FIGUEIRA JR., 2019, p. 1)

A tutela dos direitos através da arbitragem teve seu marco inicial com os povos primitivos. Conforme Jacob Dolinger: “A arbitragem já estava presente entre os hebreus na antiguidade, descrita no pentateuco 2 que relata conflitos decididos por árbitros, a exemplo daquele entre Jacó e Labão.” (DOLINGER, 2005, p. 23)

Surgiu como consequência da percepção humana, da moral em discernir entre o certo e o errado, através de princípios primários de cunho religioso e caráter social, da tribo ou clã, onde o indivíduo permanecia.

A sociedade criou um juízo de valor entre o certo e errado, porém, a forma de efetivar a justiça era precária e exercida através da autotutela que gerava diversos problemas, pois a condição de vítima e dono da pretensão punitiva se confundiam nas mãos de uma única pessoa, sendo exercida arbitrariamente e sem critérios pré-estabelecidos.

Também se confundiu o cargo de autoridade judiciária e o de padre na mesma pessoa, pois o catolicismo exercia forte poder perante a sociedade.

Posteriormente veio a fase denominada justiça privada, quando ocorreram avanços e a justiça já não era mais exercida diretamente pelo ofendido, mas por um árbitro que nomeado em razão de situações fáticas, com o intuito de exaurir a cognição relativa às controvérsias.

DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A República Federativa do Brasil não é detentora de uma cultura arbitral de grande amplitude. Temos uma legislação de 1996. Antes disso, havia disposições na Constituição Imperial de 1824, art. 160, no Título destinado a tratar do Poder Judiciário, *in verbis*: “Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”. (BRASIL, 1824)

Com o advento da República, o do Código de 1973 passou a tratar a matéria, sendo esplanada também através em 30 artigos, revogados pela Lei de arbitragem em 1996. O Código de Processo Civil de 2015 não disciplinou o tema, pois a matéria é esplanada na lei especial 9.307/96.

Nesse diapasão, disserta Straube:

Albergada desde cedo em nosso quadro institucional, a arbitragem muito demorou a contar com a aceitação da comunidade e dos operadores do direito, como alternativa válida para a solução de conflitos. Pode-se dizer, com segurança, que nem a evolução do instituto no exterior nem também o desenvolvimento paulatino, mas constantes das relações financeiras e comerciais internacionais, tiveram o condão de disseminar a prática e a cultura arbitral em nosso país. (STRAUBE, 2016, p. 235)

Ainda sobre o Direito Marítimo algumas disposições na lei 7.203/1984.

Somente após 1996 começou-se a fazer uso maior da arbitragem no cenário brasileiro, a luz da Lei 9.307/96.

O sistema arbitral demonstra ser ágil, rápido e eficaz, podendo solucionar diversos tipos de conflitos, desde que seja matéria passível de ser utilizada na arbitragem (Art. 1, da Lei 9.307/96).

Além disso o Novo Código de Processo Civil, com suas novas disposições estimula o uso da arbitragem assim como dispõe a Lei 13.105/15 em seu art. 3º (BRASIL, 2017, p.1).

CONCEITO DE ARBITRAGEM

É uma instituição, que permite a duas ou mais pessoas com capacidade plena, confiar a árbitros por elas escolhidos, o julgamento de litígios, relativos a direitos transigíveis.

Para Luiz Antonio Scavone:

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida. (JUNIOR, 2018, p. 19)

Nas palavras de Carlos Alberto Carmona a arbitragem é: “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou de mais pessoas que recebem seus poderes uma convenção privada.” (CARMONA, 1998, p. 43).

Ainda nesse sentido, Irineu Strenger leciona:

É instância jurisdicional prática em função de regime contratualmente estabelecido para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado ou público, com procedimentos próprios e força executória perante os tribunais estatais.” (STRENGER, 1997, p. 59)

NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Há três correntes acerca da natureza jurídica da arbitragem:

A) A primeira defende que a arbitragem é dotada de Natureza pública, já que o árbitro realiza prestação jurisdicional.

B) Para outros, mesmo que o árbitro diga o direito e tenha jurisdição, ele é um particular definido pelas partes, tendo assim, natureza particular.

Para Nelson Nery Junior:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial(...) (JUNIOR, 1997, p. 1.300)

C) A terceira corrente, sustenta que a arbitragem é um ser dúbio, ou seja, tem aspectos públicos e aspectos privados, as partes negociam através de instrumento contratual, a realização do sistema arbitral em eventual conflito, e para que tenha a validade, a sentença arbitral necessita que o rito arbitral siga algumas imposições legais, está é a corrente mais aceita no Brasil.

Nesse sentido Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme leciona: “A natureza jurídica da arbitragem parece eminentemente contratual, contracenando com seu aspecto jurisdicional, haja vista, que este instituto resulta de vontade entre as partes, ou seja, constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral”. (GUILHERME, 2018, p. 70)

DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

A Constituição Federal Brasileira no art. 5, inciso XXXV, traz o princípio da inafastabilidade de jurisdição “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988)

A poder constituinte deu aos cidadãos brasileiros a garantia da inafastabilidade de jurisdição. Nesse diapasão preleciona Pedro Lenza:

Essa forma indireta de apresentação da garantia ao direito à jurisdição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), que, provavelmente, foi adotada como reação a atos arbitrários que, aproveitando a inexistência de prescrição constitucional expressa (lembrar que referido direito só adquiriu o *status* de preceito constitucional com a Constituição de 1946), muitas vezes, por intermédio de lei ou decreto-lei, excluía da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito, muito melhor seria se referido princípio fosse prescrito na forma direta, como se verifica, dentre outras, nas Constituições da Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, na Declaração Universal dos Direitos Humanos etc. (LENZA, 2018, p. 1156)

Sendo assim, o referido preceito, visa que nenhum ato que viole o ordenamento jurídico brasileiro, seja afastado da jurisdição.

DO CONFLITO APARENTE ENTRE A INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO E A ARBITRAGEM

Havia até o CPC 2015 certa indagação entre o conflito aparente entre o preceito da inafastabilidade de jurisdição e a arbitragem, tendo em vista, que a sentença é dada pelo juiz privado, no procedimento arbitral.

O Código de Processo Civil recepcionou a arbitragem como jurisdição, como denota-se através do CPC, art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.” (BRASIL, 2015)

Deste modo, o entendimento doutrinário, é que a arbitragem seja uma forma de jurisdição, não havendo conflito ou motivo para se falar em inconstitucionalidade.

Assim disserta Nelson Nery Junior:

O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade é a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional (JUNIOR, 2014, p. 80)

Nesse diapasão é o entendimento de Humberto Theodoro Junior:

Os parágrafos do art. 3º do NCPC, não conflitam com a garantia de acesso à justiça a previsão da arbitragem e a promoção estatal da solução consensual dos conflitos. (JUNIOR, 2017, p. 92)

Corroborando com os posicionamentos anteriores, aponta Pedro Lenza:

A arbitragem não é obrigatória, mas facultativa (fica a cargo das partes escolher quem deve solucionar a lide — juiz estatal ou privado), e, mesmo havendo a sua escolha, o art. 32 da Lei n. 9.307/96 admite seja declarada a nulidade da sentença arbitral por decisão do Judiciário nos casos previstos na lei. (LENZA, 2018, p. 1159)

Ademais, temos diversos precedentes proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça, sendo a jurisprudência da corte no sentido da constitucionalidade da Lei de Arbitragem como se infere dos seguintes julgados:

(...) 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). **Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.(...)** (SE 5.203-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/4/2004) (grifei)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CLÁUSULA ARBITRAL. LEI Nº 9.307/1996. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RAZÕES DE DECIDIR EXPLICITADAS PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 03.8.2015. 1. **Não ocorre violação do art. 93, IX, da Constituição Federal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o referido dispositivo constitucional exige a explicitação, pelo órgão jurisdicional, das razões do seu convencimento, sem impor o exame detalhado de cada argumento trazido pelas partes.** (...) 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 933.368-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 24/2/2016) (grifei)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. O Superior Tribunal de Justiça homologou sentença arbitral estrangeira valendo-se da aplicação da legislação pertinente ao caso, qual seja, a Lei nº 9.307/1996 (Lei de arbitragem) e o Código de Processo Civil, não havendo que se cogitar de questões constitucionais. 2. As impugnações suscitadas pela agravante implicariam revisão dos fatos e provas colhidos nos autos, o que é inviável em face da Súmula 279/STF. 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE 715.400-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 7/10/2015)

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Cláusula arbitral. 3. Alegação de ofensa ao princípio da inafastabilidade do acesso à Justiça. 4. Matéria infraconstitucional. 5. Ausência de prequestionamento. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 598.754-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 24/9/2014)

CONCLUSÃO

Depreende-se que a arbitragem é um instituto jurídico, que sofreu diversas alterações com passar do tempo, sendo uma instituição de resolução de litígios técnica, especializada, rápida, menos onerosa e efetiva, para dirimir conflitos relacionado a direitos patrimoniais.

Adotado na Constituição de 1824, está presente atualmente, através da lei de arbitragem de 1996 e leis esparsas, no que pese sua natureza jurídica dúbia, já que tem aspectos públicos e privados.

Conclui-se que o procedimento arbitral não afronta princípios, garantias constitucionais e não atinge frontalmente a garantia da inafastabilidade de jurisdição, uma vez que a arbitragem é uma forma de jurisdição, não havendo no que se falar em sobreposição de lei federal a constituição, mas sim de norma disciplinada pelo poder constituinte derivado, na qual há antinomia meramente aparente, sendo a controvérsia que gerava sobre o tema elidida, através do Art. 3º § 1º da lei 13.105/2015 e dos posicionamentos doutrinários e precedentes jurisprudenciais firmados até o presente momento.

De passagem, há que se considerar que a grande bandeira do legislador no atual Código de Processo Civil é primar pela efetividade do processo, trazendo a mediação como primeiro objetivo da jornada jurídica. O instituto da arbitragem oferece as partes envolvidas a oportunidade de chegar com a efetividade, onde a mediação não logrou êxito, no que pese o velho pensamento popular: mais vale um péssimo acordo que uma boa demanda.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL. Diário Oficial, Rio de Janeiro, mar. 1824.

BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Diário Oficial, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 24 maio 2020.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Diário Oficial, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 maio 2020.

CARMONA, C. A. A Arbitragem e Processo: um comentário a lei nº 9.307/96. São Paulo: malheiros, 1998.

CARMONA, C. -M. P. B.-L. S. F. 20 anos da Lei de Arbitragem. São Paulo: Atlas, 2017.

CONSTITUIÇÃO Federal. Planalto.gov.br, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2020.

DOLINGER, J. Conciliação e Arbitragem no Direito Judaico. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

FIGUEIRA JR., J. D. Arbitragem. 3°. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2019.

GUILHERME, L. F. D. V. D. A. Manual de arbitragem e mediação: Conciliação e Negociação. 4°. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

JR., J. D. F. Arbitragem, jurisdição e execução. São Paulo: RT, 1999.

JUNIOR, H. T. Curso de Direito Processual Civil. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2003.

JÚNIOR, H. T. Curso de Direito Processual Civil. 58. ed. Rio de Janeiro-RJ: Forense, v. 1, 2017.

JUNIOR, J. F. Arbitragem. 3°. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JUNIOR, L. A. S. Manual de Arbitragem: mediação e conciliação. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

JUNIOR, L. A. S. Arbitragem mediação conciliação e negociação. 9°. ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2019.

JUNIOR, N. N. Código de Processo Civil comentado. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

JUNIOR, N. N. principios do processo civil na constituição federal. 14. ed. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2014.

JUNIOR, P. H. S. Direito Processual Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEI de Arbitragem. planalto.gov.br, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 04 maio 2020.

LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NERY, M. C. Arbitragem e Poder Judiciário, Proposta para um diálogo. 1°. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

STF. SE 5.203-AgR PR 2004 Relator: Ministro Sepúlveda Pertence DJ: 30/04/2004. STF, 30 abr. 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772387277/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-857799-pr-parana-0036626-8020128160000/inteiro-teor-772387287>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

STF. RE 598.754-AgR Relator Ministro Gilmar Mendes DJ: 24/9/2014, 24 set. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11531295>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

STF. RE 715.400-AgR Relator: Ministro Roberto Barroso DJ: 07/10/2015, 07 out. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11531295>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

STF. AG REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO : 857.799 PR 2016 Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 02/08/2016.

STF, 02 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11531295>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

STF. ARE: 933.368-AgR Relator Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 24/2/2016, 24 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11531295>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

STRAUBE, F. J. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9307/1996. REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA, v. 50, n. JULHO-SETEMBRO 2016, 07-09 2016.

STRENGER, I. Contratos Internacionais de Comércio. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

O MULTIPLO RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE E PATERNIDADE NO REGISTRO CIVIL

Vinicius Uehara Carrera

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: carreravinicius@hotmail.com

RESUMO

Com as constantes mudanças sociais, culturais e até no modo de vida de algumas pessoas no mundo atual vemos que as concepções de diversos conceitos estão se modificando e se tornando muito relevantes para se debater. Com isso tomamos base no conceito mais modificado com o passar do tempo a chamada, família. Seja ela considerada atualmente como não apenas a união entre cônjuges heterossexuais. Tema hoje que gera divergências entre ambas as partes, no qual esta questão será tratada como as mudanças na sociedade poderá afetar o meio jurídico e social, trazendo quais são suas justificativas com fundamentos em jurisprudências, na própria Constituição Federal de 1988 e com o principal uso do Código Civil de 2002. Além de tratarmos do reconhecimento da dupla paternidade, será exposto neste artigo quais são as causas para que se adote determinada conduta na sociedade que conforme evolui e se são meios justificáveis, apresentando de que forma isso afetará principalmente a criança, veremos mais adiante, as implicações no meio jurídico e como o assunto é tratado no século XXI.

Palavras-chave: Dupla Paternidade, Consequências, Cônjuges.

THE MULTIPLE RECOGNITION OF MATERNITY AND PATERNITY IN CIVIL REGISTRY

ABSTRACT

With the constant social, cultural changes and even in the way of life of some people in the current world, we see that the conceptions of several concepts are changing and becoming very relevant to debate. With that we take base on the concept more modified with the passage of time the call, family. Whether it is currently considered to be not just the union between heterosexual spouses. Today, a theme that generates divergences between both parties, in which this issue will be treated as changes in society may affect the legal and social environment, bringing their justifications based on jurisprudence, in the Federal Constitution of 1988 and with the main use of the Civil Code of 2002. In addition to dealing with the recognition of double paternity, this article will explain what are the causes for adopting a certain conduct in society that as it evolves and if they are justified means, showing how this will mainly affect the child, we will see later, the implications for the legal environment and how the subject is dealt with in the 21st century.

Keywords: Double Parenting, Consequences, Spouses.

I: Com a evolução sociocultural, houve a necessidade de se adequar a nova terminologia aos dispositivos legais dando amparo aos múltiplos conceitos de família.

M: Baseando-se na história e nas lutas decorrentes da classe homossexual no tocante a contração de direitos e deveres, o artigo visa explicar como a história e as lutas foram de grande importância para que o Estado dê a devida importância e o amparo que tanto se lutou para buscar com tais movimentos históricos.

R: Com as diversas discussões acerca do assunto, se obteve resultados muito favoráveis ao que se diz sobre os direitos e deveres oriundos da consolidação familiar.

D: A constante mudança em seu sentido familiar acaba trazendo discussões que são de grande necessidade para que haja direitos e deveres, cada vez mais consolidados com o passar do tempo.

INTRODUÇÃO.

O presente artigo vem a esclarecer os posicionamentos acerca da conceitualização familiar do século XXI, trazendo ao leitor as evoluções, aplicações e casos concretos que traduzem a urgência de uma nova hermenêutica normativa para que seja adquirido pelos indivíduos direitos e deveres que normalmente seriam frutos de uma conjunção entre casais héteros e não homossexuais. Mostrando resultados favoráveis a contração de direitos e deveres, e que serão de suma importância para o desenvolvimento e luta histórica de casos com o tema do artigo.

Com isso, a constante mudança trouxe ao Legislativo e Judiciário, e as suas instâncias superiores como o próprio Supremo Tribunal Federal, e assim, praticando o que chamamos de ativismo judicial. Mostra-se o artigo como uma pesquisa desenvolvida tanto dentro da órbita jurídica brasileira, com o seus doutrinadores, códigos e ainda, resoluções e decisões das instâncias superiores e com base, ainda, em analogia em casos exteriores como em outros lugares do mundo.

A FAMÍLIA E SEUS MULTIPLOS CONCEITOS.

Na atual sociedade, a chamada “família” expõe significados diferentes que são moldados conforme as mudanças sociais vão se apresentando. Portanto, deve-se olhar com cuidado com os vários significados deste.

DA FAMÍLIA COMO FATO SOCIAL.

Além do que temos de ideia formada sobre a constituição do termo “família”, como seres humanos, temos família como um laço afetivo que se compreende pela concepção naturalística do nascimento. Mas, podemos analisar mais profundamente os conceitos de “família”, trago aqui uma questão sociológica.

Aludindo a Émile Durkheim, sociólogo francês, família em sua concepção é fruto de uma monogamia, cujo a estrutura familiar é composta por um homem e uma mulher. Ainda, em sua alusão, Durkheim, se refere a existência de uma monogamia de direito, na qual está se difunde em países ocidentais contemporâneos, na qual juridicamente se torna impossível de se casar com mais de uma pessoa.

Finalizando o pensamento do referido sociólogo, Durkheim, diferencia as famílias em função do número de gerações, nas quais temos: Família Extensa, incluindo diversas gerações, como, por exemplo, os ascendentes, descendentes e os colaterais; e ainda, por fim, temos a Família Restrita, baseia-se em razão da família conjugal, compreendendo os pais e seus filhos.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Começemos com o olhar na nossa Constituição Federal de 1988, que expõe em seu artigo 226:

“ Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

Sob o olhar constitucional temos significado de que a família para o Estado deve ser tomada como um bem de proteção.

Através do Código Civil brasileiro, temos outro significado de “família” de 1916 e nosso atual de 2002. Apresentando suas mudanças históricas e suas influências.

CÓDIGOS CIVIL DE 1916 E DE 2002.

Pelo Código Civil de 1916, o posicionamento sobre “família” era rigoroso, estrito e com influências religiosas, partindo apenas do matrimônio. Assim, diz Maria Berenice Dias⁴⁸:

O Código Civil anterior, que datava de 1916, regulava a família no início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão

⁴⁸ Maria Berenice Dias é uma jurista, advogada e ex-magistrada brasileira, desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos.

Apresentado o Código Civil de 1916, possuía características que atualmente seriam consideradas horrendas. Pois, ele vigora sobre influência da igreja e em uma época extremamente patriarcal, com isso o chefe da casa é o marido, fazendo com que a mulher e seus filhos sejam apenas submissos a este. Evidenciando tais características, a mulher passava ser relativamente incapaz, pois dependeria da autorização do marido para atos da vida civil, e não se permitia a dissolução do matrimônio entre os cônjuges.

Só se possibilita a dissolução matrimonial em meados dos anos de 1977, com a criação da chama lei do divórcio. Expressamente dita em seu capítulo I, art.2º:

Art. 2º - A Sociedade Conjugal termina:

I - Pela morte de um dos cônjuges;

II - Pela nulidade ou anulação do casamento;

III - Pela separação judicial;

IV - Pelo divórcio.

Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Após o Código Civil de 1916 se tornar obsoleto, cria-se um novo Código Civil que muda completamente as concepções passadas de “família”. Vemos que Carlos Roberto Gonçalves⁴⁹ (2005, p.6)⁵⁰ admite que, “as alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges e os companheiros e aos elevados interesses da sociedade”.

Com o novo Código Civil de 2002, mudanças começam a serem feitas com base na nova constituição que passa em vigor. Em ambas, se tem a proteção da família com base nos direitos fundamentais que são trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Em seu capítulo sobre Direito de Família, no Código Civil:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.512. O casamento é civil e gratuito a sua celebração.

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

⁴⁹ Carlos Roberto Gonçalves é um professor, árbitro, escritor e desembargador aposentado brasileiro, que se dedica ao estudo do direito civil.

⁵⁰ Direito Civil Brasileiro, Direito de Família. 2005 p.6

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

§ 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.

Vemos mudanças drásticas de um Código ao outro, onde a influência da religião não é mais usada, o significado empregado para o termo “família” designa deveres e direitos iguais aos cônjuges.

Outra definição trazida pelo nosso atual Código Civil, se trata sobre a união estável que já foi reconhecida com os mesmos direitos de um casamento.

Pelo Art. 1723, diz-se:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

UNIÃO ESTAVEL E LGBTs.

Em decisão o Supremo Tribunal Federal, no dia 10 de maio de 2017, julgou o Art. 1790, do Código Civil, inconstitucional. Ou seja, com isso a união estável passa a ser mais um significado acrescentado ao amplo termo “família”, estabelecendo ainda que igualasse direitos a herança entre os cônjuges e abrangendo ainda os casais LGBTs (Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais).

Diante isso, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso em sua tese diz que:

No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Com isso mesmo que os companheiros homossexuais ou heterossexuais não estejam casados em registro público, podem assim herdar a parte deixada pelo seu companheiro falecido. Em regra, será dividido aquilo que foi deixado pelo falecido aos antecedentes e descendentes, com o companheiro ou a companheira da união estável. Mas em casos da inexistência destes, há de se requerer ao companheiro ou a companheira da união estável poderá ficar com o valor integral da herança.

SÚMULA 382/STF E JURISPRUDÊNCIA

Na súmula 382, diz: A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato. Que se caracteriza por união estável desde que seja uma união pública e duradoura.

A sumula não diz respeito se a união estável se refere a pessoas heterossexuais ou homossexuais, porem se utilizarmos métodos de interpretação podemos analisarmos que devido a mudança constante da sociedade e em seu aspecto “família” entende-se que união estável pode ser tanto entre pessoas heterossexuais e homossexuais.

Surge uma jurisprudência posterior a sumula 382/STF que diz sobre a legitimidade do filho concebido durante a constância do casamento para a propositura de ação de investigação de paternidade, que diz exatamente:

Sem dúvida, o lastro maior do acórdão proferido foi a impossibilidade de, sem a iniciativa, em si, do marido, vir-se a questionar a paternidade, uma vez ocorrido o nascimento na constância do matrimônio, como se apenas o homem pudesse ser autor de adultério, o mesmo não se verificando com a mulher, visão está evidentemente distanciada do dia-a-dia da vida gregária, do arcabouço normativo, para mim simplesmente explicitado pelo artigo 1º da Lei 883/1949, porquanto, até mesmo antes desta, era possível ter-se ação por parte do filho visando a elucidar paternidade ambígua, isso por não aceitar ser simplesmente presumido. E após tecer mais algumas considerações, sentenciou a Turma, na visão do voto condutor do julgamento: O que o aresto não reconheceu foi a

procedência da ação, em face precisamente da vigência da sociedade conjugal e da constância do casamento, à época da concepção do investigante, fatos que teve por proeminentes no debate, conduzindo à conclusão adotada (folha 91). Ao assim decidir, a Turma colocou então em plano secundário as normas de regência da espécie. Ademais, como já consignado, incidiu em cometimento de erro de fato ao asseverar que o declarante do nascimento fora o marido, quando, na verdade, constata-se, pelas certidões anexadas aos autos, que foi o investigado, fato sintomático e consentâneo com as premissas da sentença do Juízo. Mais do que isso, a Turma placitou óptica do Tribunal de Justiça sobre a inviabilidade de ter-se o reconhecimento tácito da paternidade, menosprezando a norma do artigo 363, inciso III, do Código Civil, reveladora da possibilidade de os filhos ilegítimos intentarem ação de investigação para reconhecimento da filiação "se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade reconhecendo-a expressamente". Este reconhecimento fez-se, como ressaltado pelo Juízo, mediante cartas. Repito: no acórdão rescindendo, ao exigir-se, relativamente ao concubinato e considerada a concepção que pode decorrer de uma simples relação sexual, a convivência sob o mesmo teto, more uxória, abandonou-se a diretriz traçada pelo Código Civil e que restou reconhecida no Verbete 382 da Súmula desta Corte, segundo o qual "a vida em comum, sob o mesmo teto, more uxória, não é indispensável à caracterização do concubinato". Está-se diante de caso concreto no qual o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, não tendo como refutar a análise da prova procedida pelo Juízo, veio a potencializar óptica distorcida sobre o alcance do arcabouço vigente, olvidando a viabilidade de proceder-se a investigação da paternidade, em que pese ao casal não se encontrar, à época, formalmente separado. (...) julgo procedente o pedido formulado na rescisória e, rescindindo o acórdão proferido pela Primeira Turma no julgamento do Recurso Extraordinário 93.886/MG, concluo pelo conhecimento e provimento do extraordinário (AR 1244, rel. min. Octavio Gallotti, voto do min. Marco Aurélio, P, j. 9-6-1999, DJ de 30-6-2000).

Usando em forma analogia tal jurisprudência, abre-se a possibilidade de se ter uma hermenêutica textual para que se use em favor da parte requerida, na qual está desejava tutela para que se efetive a sua pretensão.

ECA (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE).

Existe o princípio pelo qual é importante ressaltar, que está no art. 3º e 4º do ECA, o princípio do melhor interesse da criança.

Art. 3º A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Com tais artigos presentes é a primeira vez que no Brasil, a imagem da criança e do adolescente é um bem absoluto de proteção desde as necessidades básicas para seu desenvolvimento, sendo garantidos deveres aos pais, a sociedade e ao Estado, em que a criança se encontra, a sua proteção.

O RECONHECIMENTO DA DUPLA PATERNIDADE.

Como se pode ver atualmente o embate entre o que é família e quais são suas partes que a compõe, deste ponto em questão surge a questão entre a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica.

Com a evolução da sociedade e com as constantes mudanças no ordenamento jurídico em questão. Ocorre que a família, base da estrutura da sociedade atual, sendo assim o retrato dos valores da sociedade que não pode ser taxada de imutável e vitalício.

Devido a essas características atuais, deve-se moldar a legislações para que sejam compatíveis não com os antigos pensamentos, mas sim com a nova estrutura que se considera família.

Discorrem sobre isso os autores Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias⁵¹:

A família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes. **(ROSENDALE E FARIAS, 2013, p. 41)**

Tais características familiares são adquiridas com a evolução dos tempos e das questões sociais que surgem diante do século XXI, visto que há uma necessária e urgente adequação de normas que visam dar garantias as diversas mudanças perante a sociedade.

A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

A paternidade socioafetiva é aquela que se dá por meio não do sangue ou da adoção, mas sim do amor e carinho entre pai e filho. Tratando-se de um vínculo que atualmente é aceito pela própria sociedade.

PATERNIDADE BIOLÓGICA

A paternidade biológica é aquela cujo há uma relação direta pelo sangue entre pai e filho.

OS DITEIROS E OS DEVERES.

Na paternidade socioafetiva, que por meio de decisão do STF em 2016, já se pode considerar a dupla paternidade no registro civil. Isso garante ao pai socioafetivo os mesmos direitos e deveres do pai biológico, cujo a criança poderá fazer parte da herança dos dois pais.

Em casos onde há a dupla paternidade e o pai biológico é participativo e cumpre com as obrigações básicas ao seu filho, nada há de ser requerido ao pai socioafetivo.

Tais direitos e deveres, visam sempre o interesse da criança que se sobrepõe a qualquer tipo de interesse paterno.

DA NÃO DESCONTITUIÇÃO POSTERIOR AO RECONHECIMENTO.

Como se sabe há diversos casos em que se constituem o fenômeno social, família. Trazendo a este referido artigo, se tem a adoção e inseminação artificial, que se operam em ope legis (é o efeito suspensivo que decorre por força de lei), e por isso gozam de presunção legal da existência de convivência e afetividade. E ainda, existem outras que se baseiam sem a necessidade específicas da formalidade da norma, e por isso dependem de prova que exista um relação socioafetiva, sustentada no serviço e no afeto.

Segundo a doutrina, no tocante as primeiras hipóteses, como se desenvolvem sobre critérios formais escritos, já é consolidado pela doutrina que os efeitos de sua consumação são irreversíveis (LÔBO, 2003b, p. 137). Portanto, consumado o processo de adoção e ainda, dado o consentimento de inseminação, há a consolidação do liame de filiação, que não se pode reverter.

DO VÍCIO DO ERRO.

Em termos resumidos, vício de erro é uma falha ou vício que está no meio do processo de formação da vontade, palpada em uma falsa noção ou imperfeita sobre alguma coisa ou alguma pessoa. Seguimos para a uma hipótese que não é muito rara de se acontecer, que é o reconhecimento da paternidade de filho que se presume que é seu, e que posteriormente venha a ser comprovado que de fato não é seu.

⁵¹ Nelson Rosendal é Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais e Professor de Direito Civil, autor de livros jurídicos, professor de Direito Civil do Curso Satelitário Damásio de Jesus.

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Mestre em Ciências da Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador - UCSal. Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito e do Complexo de Ensino Renato Saraiva. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

Finalizando a discussão acerca do erro, é óbvio que se o indivíduo está em erro ao registrar tal filho como seu, por pensar que, de fato, há uma relação sanguínea entre ambos. Não seria correto praticar atos que apresentam vícios e com isso, seria passível de anulação o ato falho.

CASOS CONCRETOS DO RECONHECIMENTO DA DUPLA PATERNIDADE.

Devido ao que se foi exposto nos tópicos anteriores, mostraremos aqui decisões reais que foram tomadas pela justiça brasileira no que se refere a dupla paternidade no registro civil. Além de mostrar seus reflexos sobre tais decisões.

DECISÃO PELO STF E SEUS REFLEXOS.

Devido a gradativa evolução do termo “família” com a constante mudança da sociedade moderna. Há casos que foram levados ao STF (Supremo Tribunal Federal) que aqui serão expostos.

RECURSO EXTRAORDINARIO 898.060/SC.

No RE 898.060/SC levado ao TJ/SC questionava-se o reconhecimento da dupla paternidade no registro civil e se a paternidade socioafetiva se existe a prevalência de tal, em virtude da paternidade biológica.

Como argumento para explicar a decisão do STF, o julgamento foi levado em consideração o aspecto sobre justiça. Onde foi mostrado que em diversos países já foi reconhecida a proteção da dupla paternidade no registro civil, visando justamente garantir o direito à felicidade do indivíduo, a criança, sendo que o vínculo socioafetivo pode ser muito mais forte do que o próprio vínculo sanguíneo.

Como diz o relator do caso, o meritíssimo juiz Luiz Fux: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”. **(Supremo Tribunal Federal, RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 22.9.16.)**

Com essa decisão do STF, é imposto a ambos os pais as mesmas obrigações, ou seja, é dever dos dois pais que seja dada a criança tudo que for necessário ao seu sustento básico para se desenvolver como ser humano, sempre visando a proteção e ao interesse da criança, que prevalece sobre qualquer interesse alheio.

CASO DALVA, PARIS DE 2016

Dalva é uma brasileira com naturalização francesa, ela conseguiu sua naturalização com a união estável com sua companheira francesa. Com isso deu entrada em sua legalização e foi morar com sua parceira na França, visto isso começa todo o caso complexo que surge diante a dupla paternidade ou a dupla maternidade.

Visto este caso, as duas decidem gerar no ventre de Dalva (mãe biológica) o Lucca, porém nesse meio de relacionamento a união estável começou a se tornar inapropriada e não ter mais futuro.

O caso em concreto nos traz a questão se mesmo com a união homoafetiva entre as duas, se há a possibilidade de ter no registro civil brasileiro e, talvez, no francês a dupla maternidade.

Como já foi mostrado na argumentação tanto para a união estável homoafetiva e heterossexual, com base no artigo 1.723 do Código Civil e na Súmula 382/STF, assim respectivamente, existe sim o reconhecimento das duas mães no caso, impondo a tais os mesmo direito e deveres com a criança.

RECONHECIMENTO SEM A INCLUSÃO DA MÃE BIOLÓGICA NO REGISTRO CIVIL.

Como sabemos hoje família não se deve considerar apenas casais compostos pelas estrutura homem e mulher. Atualmente há inúmeras concepções, como, por exemplo, casais homossexuais (homem e homem; mulher e mulher), e ainda, a inseminação artificial.

Com base nessa questão, mesmo sem a inclusão da mãe biológica no registro civil, existe uma concretização efetiva da contração de direitos e deveres inerentes a filiação, seja em casos de casais homossexuais e ainda, na inseminação artificial, cujo nem se sabe ao certo quem são os pais biológicos da criança.

Ainda em entrevista concedida pelo endereço eletrônico no site do TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – foi publicada a seguinte menção a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

“Em decisão recente, o STF entendeu que não há hierarquia entre a paternidade/maternidade socioafetiva e a biológica, abrindo espaço para a multiparentalidade.”

Fica evidente e claro, que tal decisão proferida veio para resguardar quaisquer direitos que posteriormente venham a ser contraído, principalmente na órbita civil, para que não seja objeto de malefícios o reconhecimento sem hierarquia de ambos institutos de paternidade e maternidade, seja biológica ou afetiva.

A MULTIPARENTALIDADE.

A multiparentalidade já é uma realidade vivida por muitas famílias no Brasil, atualmente, pois inúmeros casos onde filhos possuem mais de um pai ou mais de uma mãe.

Mas o que torna essa possibilidade realmente possível em nosso país, foi graças ao provimento N° 63/2017 feita pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com isso foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro regras para se reconhecer extrajudicialmente a parentalidade socioafetiva, não implicando prejuízos a paternidade biológica.

Essa ação já era reivindicada pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – desde 2015, que foi estabelecido em 2017. Tornando assim um ato administrativo pelo Conselho Nacional de Justiça.

PROVIMENTO N°63/2017.

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido.

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diversos daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

§ 1º O registrador deverá proceder à minuciosa verificação da identidade do requerente, mediante coleta, em termo próprio, por escrito particular, conforme modelo constante do Anexo VI, de sua qualificação e assinatura, além de proceder à rigorosa conferência dos documentos pessoais.

§ 2º O registrador, ao conferir o original, manterá em arquivo cópia de documento de identificação do requerente, juntamente com o termo assinado.

§ 3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

§ 4º Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.

§ 5º A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado.

§ 6º Na falta da mãe ou do pai do menor, na impossibilidade de manifestação válida destes ou do filho, quando exigido, o caso será apresentado ao juiz competente nos termos da legislação local.

§ 7º Serão observadas as regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência (Capítulo III do Título IV do Livro IV do Código Civil).

§ 8º O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites previstos neste provimento.

Art. 12. Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local.

Art. 13. A discussão judicial sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção obstará o reconhecimento da filiação pela sistemática estabelecida neste provimento.

Parágrafo único. O requerente deverá declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal.

Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.

Art. 15. O reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica.

Com os artigos apresentados hoje há o verdadeiro reconhecimento da dupla paternidade tanto como a dupla maternidade, seja heterossexual, homossexual e a união estável.

Como se pode ver já há na nossa legislação um provimento que regula o reconhecimento da dupla paternidade, sendo assim nada mais do que um progresso visando o bem daqueles que estão dispostos a se doarem por esta causa.

CONCLUSÃO

Com os diversos capítulos que até aqui foram elencados, nota-se que o alicerce básico da sociedade é a família. Tal significado abrange mais do que o âmbito civil, mas sim o afetivo.

Ao fim deste artigo, não há como duvidar de que a nova ordem social mudou o que chamamos de “família”. Existem famílias que são compostas por duas pessoas sejam elas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, mas que sempre iram visar o bem da criança em questão, já que o seu bem e o seu interesse devem ser respeitados ao máximo e levados ao extremo. No mundo atual, ou melhor, na sociedade contemporânea não se deve discutir qual o significado certo do termo “família”, temos que colocar em questão os direitos e deveres, que são assegurados e garantidos pelo legislador da forma que seja benéfico a criança.

Em outros ramos de carreira como por exemplo, a psicologia, já se tem o reconhecimento da dupla ou até mesmo da multiparentalidade, dizendo que os laços entre filho e pai socioafetivo pode ser considerado ainda mais forte do que o vínculo sanguíneo. Nada se compara ao interesse da criança, com isso já nas diversas decisões tomadas, que são recentes, mas que já se mostra as jurisprudências um posicionamento favorável e positivo ao reconhecimento da dupla paternidade.

Para que essa realidade seja visível e prospera a todos que aqui vivem, é necessário que haja uma remodelação no nosso ordenamento jurídico. Assim, atingindo e beneficiando o maior número de novas famílias que surgiram na nova ordem social do século XXI.

REFERÊNCIA

ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_04.10.2017/art_226_.asp>. Acesso em 20.ago.2018

ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10613814/artigo-1723-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>>. Acesso em 21.ago.2018

AS CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DA “DUPLA PATERNIDADE” PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/387828023/as-consequencias-do-reconhecimento-da-dupla-paternidade-pelo-stf>>. Acesso em 20.ago.2018

CÓDIGO CIVIL. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 21.ago.2018

CÓDIGO CIVIL. Disponível em <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-1790>>. Acesso em 20.ago.2018

CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>>. Acesso em 21.ago.2018

DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS REFLEXOS. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI247118,91041-O+reconhecimento+da+dupla+paternidade+pelo+STF+e+seus+reflexos>>. Acesso em 21.ago.2018

DESCISÃO DA 3ª TURMA STJ, Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/stj-mantem-registro-dupla-paternidade-inclusao-mae>>. Acesso em 02.jul.2020

LEI N°6.515/77. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em 21.ago.2018

O FENÔMENO DA DUPLA PATERNIDADE À LUZ DO DIREITO DE FAMILIA CONTEMPORANEO. Disponível em <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1525>>. Acesso em 20.ago.2018

IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR. Disponível em <<https://www.mpam.mp.br/attachments/article/2613/Paternidade%20socioafetiva%20e%20a%20impossibilidade%20de%20sua%20desconstitui%C3%A7%C3%A3o%20posterior.pdf>>. Acessado em:04.jun.2020

IMPLICAÇÕES INERENTES A FILIAÇÃO COM DEVERES E DIREITOS RECÍPROCOS SEM QUALQUER HIERARQUIA. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-multiparentalidade-traz-todas-as-implicacoes-inerentes-a-filiacao-com-deveres-e-direitos-reciprocoss-qualquer-hierarquia>>. Acessado em: 4.jun.2020

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E PATERNIDADE BIOLÓGICA: POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA. Disponível em <<https://denisefugimoto.jusbrasil.com.br/artigos/151621064/paternidade-socioafetiva-e-paternidade-biologica-possibilidade-de-coexistencia>>. Acesso em 20.ago.2018

PESADELO EM PARIS. Disponível em <https://mauricioflankehchel.jusbrasil.com.br/artigos/579705904/pesadelo-em-paris?ref=topic_feed>. Acesso em 21.ago.2018

PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Disponível em <<https://danielecsf.jusbrasil.com.br/artigos/198144998/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>>. Acesso em 20.ago.2018

PROVIMENTO N° 63/2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 21.ago.2018

RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E DA MULTIPARENTALIDADE. Disponível em <https://anacspires.jusbrasil.com.br/artigos/527506917/reconhecimento-extrajudicial-da-paternidade-socioafetiva-e-da-multiparentalidade?ref=topic_feed>. Acesso em 21.ago.2018

SÚMULA 382 DO STF. Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2488>>. Acesso em
21.ago.2018

UNIÃO ESTAVÉL E CASAMENTO SÃO IGUAIS PARA HERANÇA, INCLUINDO HOMOAFETIVOS DECISÃO DO STF.
Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/stf-uniao-estavel-e-casamento-sao-iguais-para-heranca-incluindo>>. Acesso em 21.ago.2018

O TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO

Andressa Rangel Dinallo, Samara Monayari Magalhães Silva

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: andressadinallo@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, tanto em sua forma clássica adotada no Brasil como na forma de escabinado adotada por diversos países, demonstrando a atuação popular no Poder Judiciário, sendo os membros da sociedade competentes para julgar os crimes dolosos contra vida. Portanto, torna-se assim única, na medida em que se distingue de qualquer outro instituto, pela participação direta de pessoas do povo em seus julgamentos. Diante disso, foi utilizado como método de análise o direito comparado em sua evolução, princípios, diferenças e semelhanças. Ao final, ao analisar todo o estudo realizado, constata-se que é de extremo valor que haja uma alteração no Tribunal do Júri no Brasil, já que a extinção do instituto, não é possível frente a proteção constitucional, podendo ao menos, ser adotado como alternativa o sistema de escabinado.

Palavras-chave: Júri Tradicional; Escabinado; Direito Comparado; Jurados; Princípios.

THE JURY'S COURT IN THE VIEW OF THE COMPARATIVE LAW

ABSTRACT

The main goal of this research is to analyze the Jury's Court, both in its classic form adopted in Brazil as well as the escabinado form adopted by several countries, demonstrating the participation of the society into the judiciary, becoming them competent to judge intentional crimes against life. This fact makes the Jury's Court unique, insofar as it differs from any other procedural institute, because of the direct participation of the society in the judgments. In view of this, comparative law was used as a method of analysis in its evolution, principles, differences and similarities. At the end, when analyzed the whole research, it is of extreme value to make major changes in the Jury Court in Brazil, since the extinction of the institute is not possible in face of the constitutional protection, and may at least adopt the escabinado system as an alternative system.

Keywords: Traditional Jury. Escabinado. Comparative Law. Jurors. Principles.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem, como proposta, retratar as inúmeras evoluções que o Tribunal do Júri sofreu ao longo do tempo, passando inclusive, por períodos de quase esquecimento, entretanto, nas últimas décadas tem sido reconhecido o seu valor e importância, inserindo a sociedade nas decisões, tornando o Brasil um país mais justo e democrático. A participação popular na administração da justiça é muito prestigiada em diversos países, através da análise do controle da decisão dos jurados no direito comparado, podemos avaliar as dificuldades e soluções encontradas por estes países sobre as decisões que tendem ser soberanas.

Como forma de melhor compreender o tema abordado, buscou-se descrever uma visão geral sobre o funcionamento do Tribunal do Júri em diversos países do mundo, como, Estados Unidos, Inglaterra, França, Itália, Portugal e Espanha. Reconhecido mundialmente como modelo, o tribunal norte-americano se distingue em alguns pontos do brasileiro, como a possibilidade de se abdicar do julgamento pelo Júri, pois enquanto nos Estados Unidos o acusado tem a prerrogativa de renunciar ao julgamento pelos pares, no Brasil esta possibilidade não existe, já que a competência constitucional da instituição é indelegável e irrenunciável.

Por outro lado, há notórias semelhanças, ambos seguem o modelo tradicional do júri, advindo da Inglaterra, ao contrário do que é adotado pelos demais países citados no trabalho que adequam ao sistema de escabinado.

No Brasil, verifica-se que a instituição do Júri é uma garantia fundamental expressamente prevista na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXVIII, nos Estados Unidos também possui caráter fundamental estampado na Sexta Emenda à Constituição.

Como direito e garantia individual, o Tribunal do Júri não pode ser suprimido nem por emenda constitucional, visto que é verdadeira cláusula pétrea. Por força da limitação contida no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal este instituto de suma importância para a democracia também está previsto no Código de Processo Penal.

A pesquisa foi desenvolvida com a metodologia por meio do método hipotético-dedutivo, partindo do geral para o particular e as informações coletadas analisadas e confrontadas de forma dialética, de forma a estruturar o artigo por meio de pesquisas bibliográficas.

O presente trabalho se justifica frente a necessidade de apresentar a diversidade e a evolução do Tribunal do Júri através dos tempos, abordando, assim, o direito comparado.

Diante disto, este artigo tem como objetivo apontar a evolução do Júri e sua aplicabilidade em formatos distintos e em diferentes nações, sem perder o seu respeito à participação da sociedade nas decisões, procurando sempre delinear o mais justo possível ao caso aplicado e levantando questões controversas como se os jurados devem ou não compartilhar informações e se as decisões carecem de fundamentação.

METODOLOGIA

Trata-se de um levantamento bibliográfico, em que se busca uma análise do tema, a partir de obras já publicadas, propondo um confronto de ideias. Os dados foram examinados com a aplicação do método hipotético-dedutivo, isto é, partindo do geral para o particular e as informações coletadas analisadas e confrontadas de forma dialética.

Foram utilizados para a realização deste artigo, livros de doutrina, artigos de revistas especializadas, legislações, jornais e demais documentos que se mostraram úteis e concernentes ao tema.

RESULTADOS

Os resultados alcançados pelo presente estudo auxiliarão o debate e reflexão acerca da situação fática do Tribunal do Júri no Brasil.

Após tal apresentação, aborda-se de forma crítica que a sociedade na maioria das vezes não apresenta preparo seja técnico ou psicológico para assumir a responsabilidade de ante os fatos e todo contexto probatório julgar um indivíduo, sendo assim responsável por sua condenação ou absolvição, portanto é de extrema necessidade mudanças em nosso ordenamento jurídico.

DISCUSSÃO

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

Acredita-se que a verdadeira origem do Tribunal do Júri, tal qual seguimos hoje, se deu na Inglaterra, quando o Concílio de Latrão, em 1215, aboliu as ordálias ou Juízos de Deus, com julgamento nitidamente teocrático, instalando o conselho de jurados. Ordálias correspondiam ao Juízo ou julgamento de Deus, ou seja, crença de que Deus não deixaria de socorrer o inocente.

No período sucessivo ao Concílio de Latrão, em 1215, no século XIII, na Inglaterra, quando este Concílio aboliu a ordália ou "Juízos de Deus", desenvolveu a instituição do júri.

Neste sentido, Tourinho Filho (2003, p. 224) destaca que:

Antes da instituição do júri, na Inglaterra, as infrações penais graves eram reprimidas de duas formas, ambas brutais: execução sumária, para os que fossem presos em estado de flagrância, e o appeal of felony, pelo qual o acusado submetia-se a um duelo judiciário com a pessoa que o denunciara (vítima ou familiares). Se fosse vencido antes do anoitecer, era condenado; se ganhasse ou não fosse vencido naquele espaço de tempo, era absolvido.

As Ordálias eram um tribunal no qual o julgamento ocorria dedicado à Divindade. No decorrer do processo os acusados eram submetidos aos Juízes de Deus, ou chamados ordálios, que através de severas provas, especialmente a de ferro em brasa e a da água, indicavam para o verdadeiro culpado, acreditava-se que a intervenção divina marcaria no corpo criminoso a sua culpa.

Envolvido pelo aspecto religioso, segundo Tourinho Filho (2003) o júri surge por conta da necessidade de julgar os crimes praticados com caráter místico. Destarte, o julgamento era realizado com a participação de doze homens da sociedade que teriam a consciência pura e que se julgavam detentores da verdade divina para a apreciação do fato tido como ilícito e para a aplicação do respectivo castigo.

A escolha era feita deste modo, pois, de acordo com o entendimento da época, tais pessoas seriam as mais capacitadas, estariam mais aptas e bem preparadas em relação à outra parcela da sociedade que era humilde e com pouca consciência e sabedoria para decidirem o futuro de outras pessoas quando praticado um crime, assim buscava-se apurar da melhor maneira possível e mais justa realizar o tribunal do júri, ainda muito inibido.

Destaca-se o caráter religioso imposto ao Júri não só no juramento feito por seus componentes, como no número de jurados, provável alusão aos doze apóstolos de Cristo, já que o poder dado aos homens comuns reunidos sob a invocação divina para a análise dos fatos implicaria na verdade real, pois a tarefa a eles incumbida era exclusiva a Deus. A própria fórmula do juramento do júri inglês também denota o caráter místico, tendo em vista a expressa invocação de Deus.

Assim, vale destacar que a evolução do Tribunal do Júri tem a finalidade de ampliar o direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida e permitir que, no lugar de um juiz togado, preso a regras jurídicas, sejam julgados pelos seus pares.

Não é o Júri unicamente uma instituição jurídica: é uma criação política de suprema importância no governo constitucional. O Júri é, antes de tudo, instituição política.

DO DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO NO BRASIL

A partir da adoção da instituição pelos países da Europa, o Tribunal do Júri no Brasil se deu com o advento da Lei de 18 de julho de 1822, antes da independência de nosso país e da promulgação da primeira Constituição brasileira, de 1824, promulgada sob o regime monarquista existente no Brasil (RANGEL, 2009).

Após momento de reformas processualistas, em 29 de novembro de 1832, com o advento do Código de Processo Criminal do Império, criaram o Grande Júri, responsável por decidir se procedia ou não a acusação contra o acusado, e o Pequeno Júri que efetivamente proferia o julgamento em plenário (RANGEL, 2009).

O grande Júri, também chamado como Júri de Acusação, consistia em 23 jurados que se reuniam semestralmente na sede da comarca, e deliberavam sobre a procedência ou não da acusação. No caso da existência de prova para a acusação, o réu era julgado pelo chamado Júri de Sentença, também conhecido como “Júri de Julgamento”, que era formado por 12 jurados que deliberavam sigilosamente.

A primeira Constituição da República do Brasil, promulgada com influência dos ideais políticos, econômicos e sociais dos Estados Unidos, instituiu, em 24 de fevereiro de 1891, o Tribunal do Júri. Este instituto fora disciplinado no capítulo referente aos direitos dos cidadãos brasileiros (RANGEL, 2009).

Com a crescente crise econômica causada pela queda da bolsa de Nova Iorque, o setor cafeeiro no Brasil reage e os jovens militares iniciam a Revolução de 1930, de Getúlio Vargas. Nesse cenário surge a Carta de 1934, a qual, apesar de disciplinar o Tribunal do Júri, no capítulo referente ao Poder Judiciário, não mais o tratava como um direito do cidadão.

A Constituição decretada em 10 de novembro de 1937, não se referia ao Júri, gerando ampla discussão, cogitando-se, inclusive sua extinção do ordenamento jurídico.

Tourinho Filho (2003, p. 83) destaca que:

A Constituição de 1937 não tratou do Júri, e, por isso, a matéria foi disciplinada pelo Decreto-Lei nº167, de 5-1-1938. Surgiram então, duas grandes novidades: o número de jurados passou a ser 7 e extinguiu-se a soberania.

Foi então que, em 18 de setembro de 1946, promulgada no Brasil a nova Constituição da República, a qual colocou o Tribunal do Júri novamente no capítulo referente aos direitos e garantias individuais.

Inovou a referida carta, já que passou a prever a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania do tribunal, até então afastada pela legislação infraconstitucional. Passou ainda, a prever, expressamente, o critério de competência do tribunal popular, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Sob o novo regime ditatorial é promulgada a Carta de 1967, a qual manteve a existência do Tribunal do Júri garantindo-lhe o julgamento apenas dos crimes dolosos contra a vida.

Nos anos 60, o Brasil passou por um período difícil marcado pelos atos institucionais militares, então o Tribunal do Júri não se manteve durante essa parte da história, uma vez que se trata de instituto incompatível com a ditadura. Somente com o fim da ditadura militar, alcançado com o movimento das “Diretas Já”, o país pode novamente se reerguer e se reestruturar politicamente.

Finalmente, com o advento da Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, foram implementadas diversas alterações no Código de Processo Penal, como a possibilidade de o réu pronunciado, desde que primário e com bons antecedentes, continuar em liberdade.

A atual Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, denominada constituição-cidadã, alocou a instituição do Tribunal do Júri no capítulo dos direitos e garantias individuais e o concedeu cláusula pétrea, consagrando o Tribunal do Júri em seu art. 5º, XXXVIII, garantindo os seguintes princípios, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

ESCOLHA DOS JURADOS

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 214), “o Tribunal do Júri é composto por um juiz de direito, que é o seu presidente, e por vinte e cinco jurados, sorteados dentre os alistados (art. 447, CPP). Portanto, cuida-se de um órgão colegiado formado, como regra, por vinte e seis pessoas”.

Segundo Renato Brasileiro (2016, p. 1356), “aos jurados compete decidir sobre a existência do crime e se o acusado concorreu para a prática do fato delituoso na condição de autor ou partícipe.”

Deste modo, os jurados sorteados devem compor o conselho de sentença e decidir pela condenação ou absolvição do acusado, nos casos em que concluírem por condenar, devem deliberar sobre as causas de diminuição da pena, qualificadoras ou causas de aumento da pena. Dessa forma, o magistrado decide conforme a vontade popular lê a sentença e fixa a pena, em caso de condenação.

O artigo 436 do CPP exige que o jurado seja cidadão brasileiro, portanto, que seja nascido no Brasil ou naturalizado brasileiro e que se encontre no gozo de seus direitos políticos.

Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população (CPP, art. 425, caput).

Após é realizado um sorteio com a presença do membro do Ministério Público, da ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública para acompanharem tal sorteio deverá ser realizado a portas abertas, retirando uma a uma cédula até alcançar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para comparecerem na reunião periódica ou extraordinária, a realização do sorteio ocorrerá entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião.

Os jurados receberão a convocação pelo correio ou por qualquer meio hábil para comparecerem no dia e hora designados para a reunião, ainda no mesmo documento serão transcritos os arts. 436 a 446 do CPP.

Outrossim, serão fixados na porta do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados, o nome do acusado, dos procuradores das partes, além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento.

Para efetuar o alistamento e eventualmente participar de julgamentos, o cidadão precisa ter mais de 18 anos, não ter antecedentes criminais, ser eleitor e concordar em prestar esse serviço gratuitamente, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, onde os jurados recebem um valor do Estado. No

entanto, nenhum desconto pode ser feito no salário do cidadão que for jurado e faltou ao trabalho para comparecer ao julgamento.

Os candidatos podem se alistar junto ao Tribunal do Júri de sua cidade, apresentando cópia da identidade e CPF, certidão negativa criminal e atestado de bons antecedentes. A Justiça, por sua vez, pode pedir a autoridades locais, associações e instituições de ensino que indiquem pessoas para exercer a função, modo este atualmente mais utilizado.

Destaca-se que não poderão servir no mesmo conselho marido e mulher, ascendente e descendente, sogro e genro ou nora, irmãos e cunhados, tio e sobrinho e padrasto madrasta e enteado.

Por fim, já na sessão de julgamento, o juiz passa a ler os quesitos que serão postos em votação e se não houver nenhum pedido de explicação a respeito, os jurados, o escrivão, o promotor de justiça e o defensor se dirigirem à sala secreta, onde ocorrerá a votação. A sentença é dada pela maioria dos votos. Após essa etapa, a sentença é proferida pelo juiz no fórum, perante o réu e a todos presentes.

O TRIBUNAL DO JÚRI PURO COMPARADO COM O SISTEMA DE ESCABINADO

Segundo Ângelo Ansanelli Júnior (2005), o direito comparado é o ramo do direito que tem por objeto a aproximação sistemática das instituições jurídicas dos vários países do mundo. É, portanto, por intermédio dessa comparação das instituições jurídicas mundiais que se pode analisar como alguns países enfrentam as questões referentes a participação da sociedade na administração da justiça. O direito comparado visa à aproximação das instituições jurídicas de diversos países e em meio às diferenças buscam uma unidade de vida jurídica universal.

Deste modo, verificou-se a forma de controle da decisão dos jurados tanto nos países que adotam o sistema escabinado como a França, Itália, Portugal e Bélgica, e aqueles que utilizam o modelo do Tribunal do Júri tradicional, tal qual Estados Unidos, Inglaterra e Brasil.

Nesse passo, Guilherme de Souza Nucci (2015) ensina que na Alemanha, na França, na Itália, na Bélgica e na Suíça prevalece o sistema dos escabinos, onde o povo participa dos julgamentos junto com juízes togados. Relata, ainda, que em Portugal, na Espanha e na Grécia, apesar de seus sistemas legislativos considerarem expressamente um Tribunal do Júri, adotam eles o escabinado.

ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos o Tribunal do Júri têm fundamental importância, sendo previsto constitucionalmente, tendo como regra as decisões por unanimidade. Este instituto se desenvolveu em coerência com os princípios da Common-Law, que por sua vez, é um sistema jurídico cuja aplicação das normas se dá baseado nos costumes e jurisprudências dos tribunais (NUCCI, 2015).

São processadas pelo Tribunal do Júri tanto as causas cíveis como as criminais, como disposto nas leis dos EUA o juiz togado tem a função de dar direcionamento aos debates, manter a ordem, determinar quais provas serão admitidas, após submetidas ao contraditório, quanto tempo os jurados poderão deliberar, moderar os interrogatórios, decidir sobre as questões de direito e qual, eles atuam principalmente como presidentes da sessão e protetores dos direitos assegurados pelas emendas constitucionais.

Questão importante a ser ressaltada é que é permitido ao réu abrir mão do seu direito ao julgamento pelo júri, incluindo casos puníveis com a pena capital, desde que esteja devidamente aconselhado por um advogado e o faça conscientemente, além de ser necessário contar com a concordância do promotor e do juiz, diferentemente o que ocorre no Brasil, já que é um direito irrenunciável.

Além disso, de acordo com Nucci (2015) um dos princípios básicos do direito processual americano é a “participação dos leigos”, onde se percebe a importância que possui o Tribunal do Júri, mas permitindo inclusive, que o juiz togado, nomeado ou eleito, conforme o caso, possa não ser bacharel em Direito.

Na maioria das vezes a denúncia é oferecida de maneira direta ao juiz presidente do Petty Jury, se o Grand Jury entender que não existe prova, emite o ignorar, em caso contrário o indiciado é pronunciado, chamado de true Bill, o órgão que realizará o julgamento é Petty Jury, o número de jurados geralmente é

doze, mas pode variar conforme o Estado, como por exemplo, sete na Virginia, até vinte e três em Massachusetts e New Jersey (Mougenot, 2016).

Como bem ensina Paulo Rangel, após a pronúncia, o acusado tem o direito a plea bargaining, isto é, um acordo realizado com a acusação em que o investigado confessa o crime e tem a pena reduzida. Essa negociação pode ser representada pelo advogado, na presença do representante do Ministério Público e do juiz, em alguns casos admite-se a participação da própria vítima, ou no nolo contendere, que será quando o réu não assume a culpa, mas diz que não quer discuti-la.

Acrescenta ainda Rangel que se o acordo for aceito, o acusado não será levado a julgamento, contudo se não for possível a plea bargaining, o acusado será submetido a julgamento pelo Petty Jury, o qual é equiparado ao Conselho de Sentença do ordenamento jurídico brasileiro.

O número de ofensas criminais que vão a júri é bem menor que o número de casos que chegam a conhecimento da justiça, isso é consequência das renúncias dos acusados ao julgamento pelo júri, pois optam pelo julgamento feito pelo juiz togado (CARLOTTO, 2005).

No Tribunal do Júri, após a exposição das provas e debates, os jurados se reúnem em uma sala secreta para decidirem a respeito dos fatos, dentre os jurados é escolhido o foreperson, que possui a missão de conduzir os trabalhos, os jurados têm um prazo razoável para chegarem a um acordo, já que a decisão deve ser unânime sobre o fato, caso não decidirem ocorre o chamado Hung Jury, ou seja, o juiz deverá dissolver o Petty Jury e convocar um novo julgamento. Em alguns Estados, nestes casos, quando em comum acordo com o Promotor, é permitido ao Juiz absolver o réu (RANGEL, 2007).

Apesar da nítida garantia o júri americano não tem a mesma força que o tribunal popular auferiu na Constituição brasileira, pois o réu tem possibilidade de refutar esse direito, enquanto que, em nosso caso, a regra constitucional é irrenunciável.

INGLATERRA

Distintamente do que ocorre no sistema nacional, o Tribunal do Júri em solo inglês é fundado na comunicação plena entre os jurados, tomando a decisão em consenso, é decidido com base no juramento que fazem de “Julgar fielmente o acusado e dar um veredicto verdadeiro e de acordo com as provas apresentadas” (MCNAUGH, 2008).

É na Magna Carta inglesa que a instituição do Tribunal do Júri aparece com mais especificidade, servindo de modelo para o mundo, apesar do júri ter sido imensamente reconhecido, desde a abolição do Grand Jury em 1.933, a instituição é responsável apenas por 1 a 2% dos casos criminais (RANGEL, 2015).

São delitos de competência do Júri o homicídio (doloso e culposo), o estupro e outros delitos conforme a sua gravidade, caberá ao juiz togado decidir se o crime vai a júri ou não.

Com fundamento na obra de Nucci (2015, p. 65)

Na Inglaterra, o júri ainda é a figura central da justiça, porque sempre foi o sustentáculo da liberdade e dos direitos individuais, embora, efetivamente, o seu uso atual restrinja-se a 3% de todos os julgamentos criminais. A diminuição gradual teve início em 1967, quando o veredito unânime para a condenação deixou de ser exigido e, através de uma lei de 1977, várias infrações penais foram reclassificadas, de modo a impedir que os acusados exigissem, para seus casos, o julgamento pelo júri. Restam como delitos que levam necessariamente ao tribunal popular, o homicídio (doloso e culposo) e o estupro. De outra parte, há infrações leves que não podem ir a júri, tal como delitos de trânsito ou embriaguez em público. Além do homicídio e do estupro, existem outros delitos que podem ser julgados pelo Tribunal do Júri, conforme a gravidade que apresentem. Cabe ao juiz togado decidir se envia ou não o processo aos jurados.

Acredita-se que uma das principais razões para a edição da referida lei de 1977 foi a argumentação de que o julgamento pelo júri leva tempo e custa três vezes mais aos cofres públicos em comparação aos procedimentos conduzidos por magistrados togados, prejudicando a administração da justiça.

Para tornar-se jurado, é preciso ser cidadão residente no Reino Unido há pelo menos cinco anos a contar da idade de 13 (treze) anos e ter entre 18(dezoito) e 70 (setenta), a menos que seja desqualificado ou inelegível.

Na Inglaterra, não é necessário veredicto unânime, admitindo maioria de 10-2 ou 11-1, pelo menos. Nesses casos, agindo de acordo com o artigo 17 da Lei 1984 (Juries Act) o Juiz de primeira instância está habilitado a aceitar um veredicto por maioria, após, pelo menos, duas horas de discussões infrutíferas (MARTY, 2005).

Nos casos em que não houver a maioria qualificada, o acusado será submetido a novo júri, se novamente não for alcançada essa maioria em novo júri, então o réu será considerado inocente.

O juiz interfere apenas para garantir a ordem no debate na sala de audiência, permite que os fatos sejam levados aos jurados de forma igualitária, fazendo que cheguem a uma decisão final com base no que foi exposto pelas partes.

FRANÇA

A criação do Tribunal do Júri de acordo com Azevedo (2004) se deu através do Decreto de 30 de abril de 1790, sendo consolidado em 1701 na própria Constituição Francesa, gerando forte influência no Júri Brasileiro, no século XVIII.

Incorporado com a Revolução Francesa, sofreu várias transformações até chegar ao modelo atual, no início adotou-se o modelo de jurado puro, no entanto, em 1.808, a participação popular foi alterada, passando a contar o júri com um presidente, três juízes profissionais e um grupo de doze pessoas, com competência para os delitos considerados graves que visava simbolizar a soberania popular.

De acordo com Paulo Rangel, o júri na França trouxe um freio aos abusos estatais perante o processo criminal, dotado de uma estrutura processual inquisitiva. Representava aquele os ideais revolucionários da época: liberdade, igualdade e fraternidade. “Liberdade das decisões dos cidadãos; igualdade perante a justiça e fraternidade no exercício democrático do poder”.

Foi Napoleão Bonaparte quem instituiu o modelo escabinado na França, em 1809, diferentemente do Brasil os jurados passaram a deliberar quanto à culpa do acusado e, em conjunto com juízes profissionais, cabe ressaltar, que no escabinado, a aplicação da pena também é questão a ser decidida pelos jurados (RANGEL, 2015).

Após diversas mudanças da Corte, em 1958 o número de jurados leigos ficou definido em nove membros leigos e três juízes profissionais, este modelo permanece até hoje, a Corte poderá pronunciar três tipos de veredicto, sendo o L’arrêt d’acquittement, o L’arrêt d’absolution e o L’arrêt de condamnation.

Segundo os ensinamentos de Paulo Rangel (2015), a princípio a função de jurado era fortemente ligada ao meio eleitor, os jurados por sua vez eram escolhidos pela lista eleitoral. Dessa forma, só podia atuar como jurado quem estivesse na qualidade de eleitor, fazendo com que o Júri adquirisse um viés político e não judicial vez que, havia obrigatoriedade de ser jurado, mas não havia de ser eleitor, porém quem não se inscrevesse na lista de jurados estaria impedido de concorrer a qualquer função pública pelo prazo de dois anos

Em sessão secreta, por meio de quesitos sucessivos chega-se a decisão, a culpa do acusado será reconhecida apenas se alcançar o quórum de oito votos, dentre os doze integrantes do júri. No júri francês, os votos nulos e brancos são contados em favor da acusação.

Antes do ano 2000 não era possível recorrer das decisões, no entanto, após uma reforma tratando de recursos neste referido ano, resultou que, a partir de Janeiro de 2001 foi criado o direito de recorrer do mérito (MORAIS, 2008).

As apelações contra as decisões do escabinado serão julgadas por um outro escabinado de diferente território, este tribunal será composto por três juízes profissionais e doze jurados.

ITÁLIA

Paulo Rangel (2015) esclarece que o Júri na Itália existia em lugares dispersos, sem uma lei que os regia de maneira uniforme, no entanto, foi após a revolução de 1848 que os jurados surgiram de maneira efetiva e apenas no ano de 1874 que foi estabelecido um júri de doze pessoas leigas e mais três juízes togados, que atuavam conjuntamente em um procedimento oral e público.

Não obstante, por causa do movimento revolucionário que se expandia pela Europa na época, uma contrarrevolução começou a ganhar força e instituiu o movimento fascista que foi crescendo, e Benito

Mussolini com o seu grande poder de oratória conseguiu convencer o Rei de desfazer o governo e formar outro com integrantes de outros partidos, iniciando assim um golpe (RANGEL, 2015).

Dessa forma, o Tribunal do Júri Italiano foi destruído, pois era uma instituição que expressava democracia, permitia que a sociedade integrasse o poder judiciário e julgasse. O júri é inimigo de qualquer governo ditatorial que, assim que assume o poder, o elimina.

Diferentes reformas ocorreram até que em 1913 houve a redução do número de jurados de doze para dez. Após todas as reformas, a Corte Italiana (Corti de Assisi) passou a funcionar com seis juízes leigos, os quais três devem ser homens e dois togados, um assessor e o juiz presidente. Os jurados, como em Portugal e na França, participam das questões tanto de fato quanto as de direito e todas que dizem respeito ao processo (RANGEL, 2015).

Quanto a escolha dos jurados, a lei italiana exige que sejam cidadãos italianos e de boa conduta, idade entre 30 e 65 anos, com escolaridade média de primeiro grau, sendo exigido o segundo grau se for compor o corpo de jurados da Corte de Apelação. O sorteio dos jurados é feito a partir de uma lista elaborada pelo prefeito de cada cidade, esta lista é enviada ao Presidente do Tribunal do local da Corte, ao receber a lista é ouvido o Procurador da República e o Conselho da Ordem dos Advogados, de acordo é publicada a lista, quinze dias antes da sessão da Corte, o Presidente retira da urna o número suficiente de jurados para a sessão (RANGEL, 2015).

Ao contrário do que acontece no Brasil, os jurados leigos na Itália, são remunerados para exercer a função, recebendo uma determinada quantia por cada dia de trabalho, esse reconhecimento aquisitivo faz com que se dediquem ainda mais no seu papel de representantes da sociedade.

O escabinado da Itália é competente para julgar os crimes para os quais a lei comina pena de prisão perpétua, como também para aqueles puníveis com pena de reclusão inferior ao máximo de 24 anos, e por fim para delitos consumados tais quais: homicídio culposo, instigação ao suicídio, homicídio preterintencional, redução a condição análoga à de escravo, alienação ou sessão de escravos. Distintamente do nosso direito nacional, o direito italiano não prevê o julgamento pelo escabinado em caso de homicídio tentado (STRECK, 2001).

A votação para decisão se faz necessária pela maioria dos votos, se houver empate, o juiz optará pela absolvição do réu.

Diante do exposto, a análise do Instituto do Tribunal do Júri nos países supracitados tem como escopo compará-los e assim alcançar métodos para evoluir o Júri Brasileiro, abordamos a participação do povo nas decisões e suas variações, vale destacar a relevância deste método comparativo, já que pretende-se ilustrar as diferentes formas de julgar os seus pares e acima de tudo, encontrar o melhor e mais justo procedimento para tanto.

RAZÕES DO JÚRI CLÁSSICO NO BRASIL

O Tribunal do Júri no Brasil está previsto no art. 5º da CF como cláusula pétrea, portanto, não pode ser abolido, pois carrega em si a expressão democrática, consolidada pela vontade do povo, competindo aos jurados que o integram agir de forma independente e sublime.

O nosso Júri é composto por um juiz togado e sete jurados que devem cumprir seu dever de julgar condenando ou absolvendo o réu, e ao juiz togado nos casos de condenação cumpre a ele aplicar a pena.

Podemos dizer que ao passar dos anos permitiu-se que o homem deveria julgar outro ser da mesma espécie, democratizando o conceito de aplicabilidade da justiça, tanto é verdade que a instituição do júri, da Inglaterra foi transportada para os Estados Unidos, onde passou a figurar, na Constituição, dentre as garantias fundamentais do homem as quais atualmente o Brasil se espelha.

Ademais, o juiz leigo é menos distante das mudanças sociais do que o juiz togado, podendo, por isso, decidir de molde a adaptar a lei à realidade. Além disso, sem estar preso à técnica e ao saber jurídico, o jurado, extraído do meio do próprio povo, tem mais condições de realizar a justiça, já que, mesmo não sendo considerado um cientista jurídico, penetra em condições morais, éticas, psicológicas e econômicas, que também fazem parte da vida humana, e ultrapassam as amarras da letra fria da lei. (NUCCI, 1999).

A culpa, em sentido técnico não é perceptível aos olhos dos jurados, a decisão não é fundamentada, vem da convicção íntima e a sentença absolutória não é realizada com base em princípios,

por outro lado o tribunal formado de juízes togados, que jamais tiveram contato com o homem o qual vão julgar, segue uma convicção formal, sendo sua decisão pautada na lei.

Os jurados, sendo leigos, julgam segundo seu senso comum, além de se deixarem influenciar pela fácil retórica e são fortemente levados pelo momento ali presenciado, se há presença da família, comoção do público etc. Tudo isso, se alia para a decisão do jurado em condenar ou absolver o réu.

O júri, ao contrário do juiz togado, pode desrespeitar a lei quando considera que a eventual punição será injusta. Em defesa desta tese, Nucci (1999, p. 181) sustenta: “o júri constitui uma espécie de miniparlamento, colocando os jurados na posição de legisladores em casos específicos”.

O julgamento realizado pelo júri resulta numa valiosa contribuição à administração da justiça, levando os profissionais do Direito a apresentar suas teses compatíveis com o entendimento do juiz leigo. Isto é vantajoso, haja vista que o próprio réu e o público podem acompanhar tudo o que se passa, graças ao princípio da publicidade, acompanhamento este que não seria possível, a um réu e a um público leigo, se fosse realizado por termos muito técnicos. Por esse motivo, grande parte da sociedade tende a aceitar melhor um veredicto dos seus pares do que de um juiz togado.

O Tribunal do Júri desempenha um caráter educacional, obrigando o povo a manter-se atualizado e consciente dos seus direitos.

Mesmo com todos seus defeitos, o Júri ao longo do tempo construiu na mente das pessoas uma consciência jurídica, no momento do júri se experimenta uma mistura do direito concreto com o sentimento mais íntimo e subjetivo de justiça dos jurados, e aquele jurado assumirá a posição de julgador com base em suas experiências de vida pessoal e de tudo que foi abordado acerca daquele caso, no qual terá que tomar sua decisão buscando a melhor forma de fazer justiça.

Em virtude de sua forma procedimental, o Júri atende de modo mais eficiente aos princípios processuais da acusação, da audiência, do contraditório, da publicidade, da oralidade, da imediação, da concentração, da identidade física do juiz, da publicidade dos atos processuais e outros.

Assim, podemos notar que as decisões do Tribunal do Júri são mais aceitas pela sociedade, não importando se coerentes ao caso, certas ou erradas, já que está ali impressa a vontade direta do povo.

Em suma, acredita-se que este instituto é a imagem fiel da solidariedade humana, que o perdão mesmo diante de um caso claro de condenação não é defeito e sim virtude do homem, pois acredita que o acusado se arrependeu do que fez e que não voltará a praticar coisas do tipo. Ademais, justificam que a consciência do ser humano, caminha no sentido do perdão, bem como a história caminha em direção a atenuação da pena.

CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, denota-se que o presente trabalho buscou esclarecer e apresentar que o Tribunal do Júri é de extrema importância para a nossa sociedade, previsto como cláusula pétrea no artigo 5º, XXXVIII da Constituição Federal, no entanto, não podemos nos olvidar que com o passar do tempo, a sociedade evolui e que o nosso ordenamento também deve sofrer as devidas alterações para acompanhar a evolução do homem.

Abordando este impasse entre a discussão de muitos estudiosos, que defendem e outros que são contra o nosso sistema, exploramos como funciona o Tribunal do Júri em alguns países, os quais adotaram o instituto em sua forma de escabinado, sendo composto de juízes togados e juízes leigos, tais países incorporaram o escabinado, sendo bem aceito e proveitoso à justiça, tornando as decisões mais justas e adequadas.

Muito se discute sobre a ineficácia do Júri por ser formado de pessoas leigas, as quais não têm entendimento e técnica suficiente para julgar seus pares, acreditamos que a maior dificuldade é exatamente a falta deste conhecimento técnico-jurídico, não restam dúvidas que as decisões advindas de jurados leigos podem causar prejuízos ao poder Judiciário, quando, por exemplo, o Júri absolve um acusado em que o tipo penal esta descrito de forma completa, sem sombra de dúvidas de que de fato ocorreu o crime e a autoria.

O ideal seria que os crimes dolosos contra a vida fossem julgados pelo juiz togado, pois já que ele tem competência e preparo suficiente para julgar os demais crimes, pois porque não julgar esses crimes de

tanta relevância para sociedade, não desmerecendo o bom senso dos jurados, mas a possibilidade do juiz togado errar em sua sentença condenando ou absolvendo é muito menor do que quando proferida por juízes leigos.

Certos defensores do Júri em seu sistema clássico abordam que o motivo seria o qual o juiz togado não tem vivência suficiente e não esta em contato com aquele tipo de pessoa, rebatendo este pensamento, defendemos que os juízes togados passam por longos anos de preparo, e buscam acima de tudo fazer justiça, exige-se anos de estudo até que sejam aprovados no concurso da magistratura, prática como advogados, sabendo portanto se posicionar e entender todas as vértices de um Tribunal do Júri.

Outrossim, o juiz togado sai do povo, é um ser humano comum que faz parte da comunidade e como qualquer pessoa quer viver em um mundo melhor e mais justo. O juiz de carreira não é um ser alienado da realidade só porque tem um bom salário, por vezes ele busca conhecimento com muito mais afinco do que qualquer outro, já que cabe a ele fazer justiça e se preocupar com a comunidade. Se a ele é investida tal confiança de julgar os demais crimes de forma geral, porque não assumir tal responsabilidade e mais ainda esta incumbência ser assumida por juízes leigos e que não tem a devida preocupação com a justiça.

Não se trata de extinguir o tribunal do Júri observando que é uma cláusula pétrea e não pode ser extinto, posto que isso representaria um retrocesso a democracia, apenas pode ser alterado com mudanças em nosso ordenamento legal, com o objetivo de tornar o Júri mais justo e eficiente, justo com o povo que também participa da decisão e eficiente pois conta com a participação do juiz togado, que assim, poderá orientar melhor os jurados no tocante a necessária parte técnica.

Portanto, nesse viés, acreditamos que seria extremamente razoável que ao menos fosse ensinado nos primeiros anos escolares noções básicas de direito, para ajudar na formação e despertar senso crítico no cidadão brasileiro, não somente para o Júri, mas para a vida de modo geral.

REFERÊNCIAS

ANSANELLI, Ângelo Júnior. O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos, São Paulo: Lumens Juris, 2005.

AVENA, Norberto Claudio Pancaro, Processo penal. 9. ed. São Paulo: Método, 2017.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Tribunal do Júri- Aspectos Constitucionais e Procedimentais. São Paulo, Verbatim, 2004.

BARBOSA, Rui. O júri sob todos os aspectos. Org. Roberto Lyra Filho e Mário César da Silva. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950. 133p.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 6. ed. ,São Paulo: Saraiva, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 10. ed. ,São Paulo: Saraiva, 2015.

BORBA, Lise Anne de. Aspectos relevantes do histórico do Tribunal do Júri. Jus Navigandi, Teresina, v. 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em:Acesso em: 12 ago. 2017.

BORGES, Inocêncio da Rosa. Comentários do Código de Processo Penal.3ª ed. São Paulo: 1982

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: Acesso em: 17 de agosto de 2020.

CAMPOS, Walfredo Cunha. Tribunal do júri: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. Processo penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

- CARLOTTO, Daniele et. al. Um olhar sobre o Tribunal do Júri Norte-Americano. 2005. Acesso em 17 de agosto. 2020.
- CARLOTTO, Daniele; SOARES, Deise Mara; GRESSLER, Gustavo. Um olhar sobre o tribunal do júri Norte-Americano. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 8, n. 20, fev 2005. Disponível em: Acesso em: 17 de agosto. 2020.
- COSTA, Élder Lisboa da. *Compêndio Teórico e Prático do Tribunal do Júri*. São Paulo. Mizuno, 2004.
- DUARTE, Paulo Roberto Pontes. Princípios constitucionais do tribunal do júri. *Jus Vigilantibus* (2007) Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29586/1>>.17 de agosto. 2020.
- FERNANDES, Antônio Scarance *Processo Penal Constitucional*, 3ª Edição, São Paulo: Revista do Tribunal, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: ROSA, Alexandre Morais da [et al.]. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho e de la democracia*. 1. *Teoría del derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*, vol. Único, 4. ed., São Paulo: JusPodivm, 2016.
- LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 11ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2013.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques Porto. *Júri Procedimentos e Aspectos do Julgamento Questionários*. 5 ed. rev.atual e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1989.
- MARCÃO, R. *Código de processo penal comentado*, São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo*. 4. ed. São Paulo:Malheiros, 2006.
- MARTINS, Gilberto Valente. *A necessidade de reforma organizacional da Justiça Militar*. *Revista Direito Militar*, Natal, v.1, n.2, p.39-43, out./nov. 2006.
- MARTY, Mireille Delmas (Org.). *Processos penais da Europa*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MCNAUGHT, John. *Inglaterra y Gales*. In: GÓMEZ, Ramón Macia (Org.). *Sistema de processo em Europa*. Barcelona: Cedecs, 1998.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed.rev. e. atual. 2. reimpr, São Paulo: Atlas, 2006.

- MORAES, de Alexandre. Direito Constitucional. 30ª ed. , São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAIS, Alexandre da Rosa. Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material. Habilitus. 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. A reforma do Tribunal do júri no Brasil, São Paulo Forense, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 6ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.
- RANGEL, Paulo. Tribunal do júri: Visão linguística, histórica, social e dogmática, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- RANGEL, Paulo. Tribunal do júri: Visão linguística, histórica, social e dogmática, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RANGEL, Paulo. Tribunal do Júri: Visão Linguística , Histórica , Social e Jurídica - 5ª Ed. Atlas. 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. Tribunal do júri símbolos e rituais. 4 ed., Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001.
- TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. Processo penal. 11. ed, BAHIA, Juspodivm, 2016.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de processo penal. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1959. 520p.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TUBENCHLAK, James. Tribunal do Júri: contradições e soluções. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.
- VASCONCELOS, L.C., A supressão do Júri. Ceará: Editora Instituto do Ceará, 1955.

PRIMEIROS APONTAMENTOS SOBRE O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA DAS EMPRESAS

Bruna Ceron Franco, Licia Pimentel Marconi

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: brunaceronf@outlook.com

RESUMO

O presente trabalho aborda o tema da desconsideração da personalidade jurídica à luz da nova Lei da Liberdade Econômica nº 13.874/2019, desde a caracterização, previsões legais, parâmetros do direito comparado, as atuais regulamentações introduzidas, análise dos casos passíveis de aplicação com vistas a garantir a segurança jurídica para as empresas e o impacto da nova previsão na economia. Para tanto, faz-se necessário abordar as bases históricas, as teorias existentes e os aspectos processuais. O método de análise aplicado foi o hipotético-dedutivo, pesquisa histórica, bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial afim de se buscar conclusões quanto à repercussão jurídica alcançada pelas alterações legais, se de fato positivas no sentido de coibir abusos e discricionariedades na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e com isso efetivamente promover a segurança jurídica aguardada.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Segurança Jurídica. Empresas. Lei da Liberdade Econômica.

FIRST NOTES ON THE INSTITUTE FOR THE DISSIDERATION OF LEGAL PERSONALITY FROM THE PERSPECTIVE OF LEGAL SECURITY IN BUSINESS

ABSTRACT

This paper addresses the issue of disregarding legal personality in the light of the new Economic Freedom Law No. 13,874 / 2019, from the characterization, legal provisions and parameters of comparative law, changes based on the new law of 2019, its impacts and analysis cases that can be applied with a view to ensuring legal certainty for companies; and demonstrate the impact of the new law on the economy. For that, it is necessary to address the historical bases, the existing theories and the procedural aspects. The method of analysis applied was the hypothetical-deductive, through understanding the existing general laws regarding the theme, historical, bibliographic, doctrinal and jurisprudential research in order to seek conclusions regarding the legal repercussion achieved by the changes with the new law, if any. positive facts in the sense of preventing abuses and discretion in the application of disregard for the legal personality and thereby effectively promoting the expected legal security.

Keywords: Disregard of the legal personality. Legal Security. Company. Economic freedom act.

INTRODUÇÃO

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica encontra previsão no art 50 do CC/2002, assim como no art 28, § 5º do Código do Consumidor e mais recentemente no art 855-A da Consolidação das leis do Trabalho (CLT), esta última por força da alteração introduzida pela reforma trabalhista, Lei nº 13.146/17, constituindo-se em um incidente processual que possibilita a inclusão dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica no polo passivo da execução, a fim de que sejam responsabilizados com seus patrimônios particulares pelas dívidas da empresa em caso de insolvência

Conforme disposto no Código Civil antes do advento da nova lei, o tipo legal apresentava-se de forma aberta, veja-se:

“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os

efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Com a Lei da Liberdade Econômica, o legislador conferiu ao tipo legal acima o conceito de “abuso de personalidade”, “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”, alterando sensivelmente o dispositivo acima, conforme segue:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Nesse novo cenário legal, a teoria desconsideração da personalidade jurídica se encontra atualmente em fase de grande discussão, tendo em vista a importância do tema e a nova regulamentação trazida pela nova lei. Tal teoria consiste no fato de deixar de lado a separação patrimonial que a personalidade jurídica confere às empresas, possibilitando adentrar ao patrimônio da pessoa física do sócio em caso de ficar demonstrado abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, desse modo, evitando fraudes e protegendo seus credores.

Em contrapartida, do mesmo modo que os credores devem ter os seus direitos protegidos, o empresário enquanto sócio possui direitos, e eles devem ser protegidos da mesma forma. Posto isso, faz-se necessário delimitar os casos em que serão possíveis desconsiderar a personalidade da empresa, protegendo não só o credor, mas também conferindo a tutela necessária ao empresário, dando à ele segurança jurídica para poder atuar sem correr o risco de ter sua personalidade desconsiderada a qualquer momento e sob qualquer argumento.

Segundo pesquisa realizada em 2013 pelo Sebrae Nacional (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas), cerca de 24,4 % das micro e pequenas empresas fecham em até dois anos de funcionamento, e 50% delas com menos de quatro anos.

Sabe-se da grande importância que essas empresas têm na economia do país, contudo elas não encontram o apoio jurídico suficiente para sobreviver no mercado, afastando investidores e fazendo com que a economia brasileira não se desenvolva.

Diante disso, a segurança jurídica na desconsideração da personalidade jurídica é de suma importância para a sociedade, tendo em vista que o Brasil se encontra em um estado de desenvolvimento,

fazendo-se necessário atrair investidores, e para isso, deve-se demonstrar segurança para suas empresas, garantindo que não há risco de ter sua empresa atingida pela desconsideração da personalidade jurídica, bastando apenas agir corretamente, dentro dos limites da boa-fé e da lei.

METODOLOGIA

O estudo vem se realizando por meio de pesquisa bibliográfica, usando o método hipotético-dedutivo, leis gerais existentes a respeito do assunto, e o método histórico, para que seja possível compreender o ponto de vista da problemática, incluindo-se nesse trâmite, o método comparativo, com base na legislação internacional.

Utilizou-se, portanto, a coleta dos dados que nortearam uma possível resolução da problemática apresentada, por meio da doutrina, artigos eletrônicos, leis e jurisprudência; após a realização de tal coleta, respectivos dados foram confrontados, destacando-se as principais ideias com o intuito de chegar o mais próximo da realidade tecendo considerações plausíveis à problemática apresentada.

RESULTADOS

Os resultados obtidos com a reflexão do artigo em tela nos remetem a uma discussão sobre a relevância do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito empresarial, sendo de suma importância ter especificado os casos em que serão possíveis a sua aplicação, de modo a garantir a segurança jurídica para as empresas.

DISCUSSÃO

A pessoa jurídica, como instituto, é uma ficção criada pelo direito afim de criar uma entidade a qual o ordenamento jurídico atribui uma personalidade; personalidade esta diversa e destacada das pessoas naturais, ou sócios, que compõe o negócio, facilitando com isso as atividades de seus membros, conferindo a esse ente jurídico direitos e obrigações distintas das pessoas naturais que a administra, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves:

"Pessoas jurídicas são entidades a que a lei empresta personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações. A sua principal característica é a de que atuam na vida jurídica com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem". (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2010, p.81).

A grande característica da pessoa jurídica é a sua autonomia patrimonial em relação aos seus membros, todavia esta autonomia pode ser usada de maneira abusiva e ilícita, desviando sua finalidade, e usando-a para proteger negócios obscuros. É nesse viés que surge a necessidade de buscar um mecanismo capaz de extrapolar a personalidade jurídica, própria, para alcançar excepcionalmente a personalidade de seus sócios afim de garantir eventuais dívidas nos casos em que a pessoa jurídica não possa suportar.

Com a necessidade de evitar e solucionar as situações de abuso de direito dos entes da sociedade, surgiu a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica (DISREGARD OF LEGAL ENTITY), permitindo adentrar no patrimônio pessoal dos sócios, deixando de lado o princípio de que as pessoas jurídicas possuem personalidade distinta da dos seus sócios, vinculando os bens particulares às dívidas da sociedade.

Como desdobramento da desconsideração da personalidade jurídica, surgiram discussões a respeito de quando seria possível a sua aplicação, a partir de então foram criadas duas grandes teorias, sendo uma a teoria maior e a outra a teoria menor.

Para a teoria maior, o simples inadimplemento de obrigações para com os credores não configura a desconsideração, sendo que somente será desconsiderada a personalidade jurídica para efeito de adentrar o patrimônio pessoal dos sócios nos de fraudes e abusos praticados através dela, com nítido intuito de má-fé.

Já para teoria menor, haverá a necessidade da desconsideração em toda e qualquer hipótese de comprometimento do patrimônio do sócio pelas obrigações da empresa, sendo suficiente o prejuízo de terceiro para que a personalidade ser afastada.

O ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o art. 50 do Código Civil, optou pela teoria maior, ao dispor que a pessoa jurídica será descaracterizada quando houver abuso de direito, que pode se dar por desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Entretanto, muito embora o legislador tenha aderido à teoria maior, ainda era grande a discricionariedade na aplicação da teoria da desconsideração, tendo em vista que os requisitos para tal não eram específicos, dando espaço para diversas interpretações, gerando insegurança jurídica para as empresas.

Levando isso em consideração, em 30/04/2019 foi editada pelo Presidente da República a Medida Provisória da Liberdade Econômica nº 881/2019, sendo que em 20/09/2019 foi convertida efetivamente em lei, respectivamente a Lei nº 13.874/2019, que especifica os casos em que serão possíveis aplicar a desconsideração.

A nova Lei da Liberdade Econômica trouxe inovações no regime da desconsideração da personalidade jurídica ao inserir o art. 49- A, positivando os entendimentos jurisprudenciais do STJ, também aceitos pela doutrina, no sentido de que a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, reconhecendo então sua autonomia patrimonial.

Foi feita, também, alteração no caput do art. 50 do Código Civil estabelecendo que a desconsideração da personalidade jurídica só poderá atingir os sócios ou os administradores que tenham sido beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso, desde que comprovado o nexo causal entre o abuso da personalidade e o benefício auferido.

Outra mudança significativa, está no fato de que antes da edição da Lei da Liberdade Econômica, as duas possibilidades de aplicação da desconsideração se davam de uma forma aberta, pois o legislador não havia previsto hipóteses específicas para caracterizá-las. Com o advento da nova lei, foram acrescentados cinco novos parágrafos no Art. 50 tratando dos requisitos de forma mais objetiva.

Com a redação antiga, o desvio de finalidade se dava quando os administradores ou sócios de determinada empresa a utilizavam de maneira diversa dos fins almejados pelo legislador, fora do objeto societário. Contudo, agora para a configuração do desvio de finalidade tem que necessariamente haver o desvio com o propósito de lesar credores ou para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza, observa-se então, a exigência de demonstração da existência de dolo na conduta praticada. Já a confusão patrimonial ocorre quando o patrimônio da empresa se mistura com o do sócio.

Não obstante também, ser possível a aplicação de modo inverso da teoria, conforme dispões o § 3º do art. 50, responsabilizando a pessoa jurídica por obrigações adquiridas pela pessoa física, o que antes era reconhecido somente pela jurisprudência passou a ter status de texto de lei.

Outra importante inovação trazida pela Lei nº 13.874/2019 está no § 4º do mesmo artigo, ao dizer que “a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica”, ou seja, não será possível a responsabilização automática de grupos econômicos, exceto se ficar constatada a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade.

E por fim, § 5º menciona que “não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica”, hipótese que antes com a antiga redação não havia previsão.

CONCLUSÃO

Este artigo pretende lançar luz à discussão em torno da desconsideração da personalidade jurídica na perspectiva da nova Lei da Liberdade Econômica.

As mudanças trazidas com a nova forma de regulamentar o instituto da despersonalização da pessoa jurídica contribuem de forma sensível no sentido de promover uma maior segurança jurídica à medida que elenca previsões concretas, objetivas e fundamentadas.

Diante das alterações e inovações implementadas com a nova legislação, principalmente considerando-se a objetividade das definições nela elencadas, a tendência é que se reduzam as interpretações ampliativas e equivocadas quanto a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, isso porque as hipóteses elencadas no artigo 50 do Código Civil, a partir da alteração

conferida pela Lei da Liberdade Econômica, tornaram-se mais restritas e objetivas, exigindo maior cautela do Poder Judiciário na análise, tanto nos pleitos, quanto na aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

As conclusões prévias ainda são no sentido de que a nova Lei da Liberdade Econômica teve o objetivo de alavancar a economia do país, dando mais suporte aos empresários ao delimitar especificadamente as hipóteses de aplicação da desconsideração, de modo a garantir a segurança jurídica para as empresas poderem atuar, evitando discricionariedades e abusos ao aplicar a teoria da desconsideração.

REFERÊNCIAS

CHAVES DE FARIAS, Cristiano. ROSENVALD, Nelsón. Direito Civil. Teoria Geral. 7.ed. Lumen Juris, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 23. ed. Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Parte Geral. 17.ed. Saraiva, 2010.

<https://www.institutoformula.com.br/principais-alteracoes-trazidas-pela-lei-n-13-874-2019-lei-da-liberdade-economica-no-codigo-civil/>

<https://www.migalhas.com.br/depeso/326365/desconsideracao-da-personalidade-juridica-o-que-muda-com-a-nova-lei-da-liberdade-economica>

<https://www.migalhas.com.br/depeso/314969/as-novas-regras-para-desconsideracao-da-personalidade-juridica-apos-a-conversao-da-mp-da-liberdade-economica-na-lei-13874-19>

https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/as-teorias-e-os-supostos-de-aplicacao-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-direito-brasileiro/#_edn13

PROGRAMA EMERGENCIAL DE MANUTENÇÃO DO EMPREGO, SOB A ÓTICA DA CONSTITUCIONALIDADE.

Francislaine De Almeida Coimbra Strasser, Nilton Guilherme Silva Mendonça

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: pereiramendoncanilton@gmail.com

RESUMO

Pretende-se neste artigo abordar as principais medidas socioeconômicas trazidas pela nova lei n. 14.020, que entrou em vigor em 07 de julho de 2020, quando o Presidente da República em 01/04/2020, editou a Medida Provisória n. 936/2020 e instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda para enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente do coronavírus (Covid-19). Este programa tem o objetivo de preservar o emprego e a renda; garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública no país. Para isto, os trabalhadores receberão o pagamento de um benefício emergencial de preservação do emprego e da renda decorrente da redução proporcional da jornada de trabalho e salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho. Como operador do direito, essa pesquisa é de extrema relevância, notadamente pelos impactos sentidos pela pandemia e os limites da flexibilização operadas sob um viés constitucional. A metodologia usada foi a hipotético-dedutiva, o qual conclui-se que a base para qualquer flexibilização de direitos sociais está no ser humano, cuja força motriz é a dignidade da pessoa humana.

Palavras chaves: Dignidade da pessoa; Direitos Sociais; Programa Emergencial.

COVID-19 AND EMERGENCY EMPLOYMENT MAINTENANCE PROGRAM IN RELATION TO CONSTITUTIONALITY

ABSTRACT

This article aims to address the main socioeconomic measures brought by the new law, n. 14.020, which entered into force on July 7, 2020, when the President of the Republic on 01/04/2020, edited Provisional Measure n. 936/2020 and instituted the Emergency Program to Maintain Employment and Income to face the state of public calamity resulting from the coronavirus (covid-19). This program aims to preserve employment and income; ensure the continuity of work and business activities; and reduce the social impact resulting from the consequences of the state of public health emergency and public health in the country. For this, workers will receive the payment of an emergency benefit to preserve employment and income resulting from the proportional reduction the working day and salary or the temporary suspension of the employment contract. As an operator of the law, this research is extremely relevant, especially because of the impacts felt by the pandemic. The methodology used was the hypothetical deductive, which concludes that the basis for any relaxation of social rights is the human being, whose driving force is the dignity of the human person.

Keywords: Dignity of the Person, Social Rights, Emergency Program.

INTRODUÇÃO

A Lei n.14.2020 foi aprovada e passou a vigorar a partir de 07 de julho de 2020, cujo objetivo precípua está na manutenção do emprego em meio ao estado de calamidade pública que se vive.

Com o programa instituído, o benefício de manutenção de emprego será custeado pela União, cujas hipóteses de incidência foram abordadas no decorrer do presente artigo.

Para isso, o trabalho foi estruturado a partir da análise da nova lei, e que o mote da flexibilidade das normas trabalhistas está limitado pelas garantias e efetividade dos direitos fundamentais sociais constitucionais para enfrentamento da situação excepcional que marcou o ano de 2020.

METODOLOGIA

O presente estudo seguirá o método da pesquisa explicativa, com emprego de pesquisa à legislação, sites de cunho educativo em direito, acerca da matéria objeto da investigação.

DO BENEFÍCIO EMERGENCIAL DE PRESERVAÇÃO DO EMPREGO E DA RENDA

As hipóteses de incidência do benefício emergencial estão dispostas na Seção II da Lei n. 14.2020/2020, em seu artigo 5º, quais sejam: “I - redução proporcional de jornada de trabalho e de salário; e II - suspensão temporária do contrato de trabalho.” (BRASIL, 2020).

Será custeado pelos próprios recursos da União, tendo como coordenador o Ministério da Economia que irá monitorar, avaliar e executar tal programa. Nesse sentido: “a tarefa do Governo Federal é assumir e exercer um papel de articulador e financiador de esforços em dimensão nacional e segmentada para toda a área social e econômica que ele vinha abrindo mão de exercer.” (AMORIM, 2020).

O benefício será pago mensalmente e terá início se assim sobrevier alguma das duas hipóteses supramencionadas, sendo que o próprio empregador em um prazo de dez dias deve informar ao Ministério da Economia tal acordo com seu empregado, cuja duração é enquanto ocorrer a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho. (DIZERODIREITO, 2020).

Caso o empregador não informe o Ministério da Economia no prazo de dez dias sobre o acordo, este continuará responsável pelo pagamento da remuneração no valor anterior à redução da jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho do empregado, inclusive dos respectivos encargos sociais, até que informação seja prestada. (DIZERODIREITO, 2020).

Ademais, o recebimento do benefício emergencial, não interfere no valor do seguro desemprego no qual o empregado tem direito com base na Lei nº 7.998/90, que regulamenta o seguro desemprego.

Os valores pagos indevidamente serão escritos em dívida ativa da União, conforme regulamentação da Lei nº 6.830/80 (Brasil, 1980), que regulamenta a cobrança dessa dívida.

Referente aos valores de tal benefício, estes serão calculados com base no valor do seguro desemprego em que o empregado possui direito, seja condizente com a redução da jornada de trabalho, como por exemplo se reduziu 30% do salário, o benefício será de 30% do seguro-desemprego. Já em relação a suspensão temporária do contrato de trabalho, serão duas as sub hipóteses, vinculadas a receita bruta da empresa. Se a receita bruta for inferior a R\$ 4.800.000,00 em 2019, o valor do benefício será de 100% do seguro-desemprego. Se superior a R\$ 4.800.000,00 em 2019, o valor será de 70% do seguro-desemprego, os outros 30% serão pagos pela empresa mesmo estando o contrato suspenso. Em casos em que o cálculo do Benefício Emergencial resultar em valores decimais, o valor a ser pago deverá ser arredondado para a unidade inteira imediatamente superior.

Se se tratar de empregado que ocupe cargo público, cargo em comissão de livre nomeação e exoneração ou titular de mandato eletivo ou que esteja gozando de direitos trabalhistas em relação a outros benefícios, não será devido o benefício emergencial.

Ademais, o empregado com mais de um vínculo formal de emprego poderá receber cumulativamente esse benefício para cada vínculo com redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou com suspensão temporária do contrato de trabalho, sendo assim mesmo os que possuírem mais de um serviço gozarão dos mesmos direitos, conforme artigo 6º, §3º da Lei 14020/2020. (BRASIL, 2020).

DA CONSTITUCIONALIDADE DA DIMINUIÇÃO DO SALÁRIO COM REDUÇÃO DE JORNADA

A norma supramencionada que regulamenta acerca da redução de jornada com redução de salário deve ser analisada sob uma ótica constitucional.

Isso porque conforme a lei em comento, a redução da jornada com redução dos salários deve ser combinada previamente entre empregador e empregado, de tal sorte que essa redução poderá se estender em até 120 dias, conforme Decreto nº 10422 publicado em 14 de julho de 2020. (BRASIL, 2020).

Assim, naqueles contratos firmados até o período da publicação do aludido decreto, deve ser contado até complementar 120 dias. Como no seguinte exemplo: se a empresa fez um acordo de 90 dias de redução de jornada de trabalho não poderá fazer uma prorrogação de 120 dias com base no decreto, mas tão somente de 30 dias para totalizar 120 *dias*. (LEGISWEB,2020).

Ademais, para a redução do salário, o valor do salário-hora de trabalho deve ser preservado; a forma de pactuação pode ser por convenção coletiva ou acordo coletivo e também por acordo individual, desde que seja encaminhado ao empregado com dois dias de antecedência.

Assim, essas reflexões são importantes, especialmente pela atual situação do Brasil, que exige reflexões acerca da relação laboral, em especial no que diz respeito à flexibilização de direitos já conquistados. O trabalho não pode ser precarizado, sob pretexto que está se vivenciando uma pandemia, com direitos suprimidos e sindicatos não atuantes.

O Estado exerce um papel não apenas regulatório, mas também fiscalizatório no combate ao trabalho em condições degradantes que ferem o princípio da dignidade da pessoa, buscando atender os interesses da classe empresária, como gerador de empregos, mas também do trabalhador, com sua mão de obra.

As políticas públicas direcionadas à atividade laborativa nos dias atuais são relevantes para uma análise do neoliberalismo presente na atuação dos agentes políticos na flexibilização dos direitos trabalhistas, que não podem deixar o trabalhador em uma condição de vulnerabilidade.

Conforme estabelece Cairo Júnior (2009):

Pela regra do Direito Civil, todos são iguais perante a lei e devem ser tratados de forma igualitária por ela. Isso não ocorre no Direito Laboral. Reconhece-se que não existe uma igualdade entre empregados e empregadores, em face da superioridade econômica e jurídica destes últimos em relação aos primeiros. Para equilibrar a relação havida entre os atores sociais, o Direito do Trabalho procura proteger o empregado contra o desejo insaciável de lucro do empresário. (CAIRO JUNIOR, 2009, p. 98)

A relação do trabalhador com o empregador é uma relação em desequilíbrio. A própria legislação trabalhista estabelece normas de proteção, garantindo ao hipossuficiente – a parte juridicamente mais fraca na relação jurídica trabalhista – direitos mínimos. Permitir que as partes do contrato de trabalho negociem diretamente possibilita ao trabalhador ter direitos suprimidos com sua total anuência.

Apesar de o contrato de trabalho ser sinalagmático, ou seja, gerar obrigações para ambas as partes, os interesses são distintos: o empregador visando sempre a uma maior lucratividade proveniente do esforço e da mão de obra do trabalhador, e este visando ao pagamento do seu salário pela prestação de serviços. As condições de trabalho, por vezes, não se apresentam como uma preocupação do empregador, e sim a lucratividade.

É o que pensa Paulo Sérgio João (2017). Para o advogado e professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Fundação Getúlio Vargas, em seu artigo “Reforma trabalhista traz flexibilização responsável da CLT”, no *site* do periódico *Consultor Jurídico*, o professor afirma:

As relações trabalhistas possuem dinâmica própria que, ao mesmo tempo em que se adaptam às necessidades do mercado, criam oportunidades de novos empregos e novas situações de qualificação profissional. A legislação aplicável nem sempre está adequada às transformações dos modelos de prestação de serviços e de trabalho que, em razão da evolução dos meios de comunicação e de apropriação do trabalho, adotam na atualidade diferentes matizes. (JOAO, 2020).

Na verdade, uma desregulamentação implica rompimento com a norma estabelecida anteriormente, a fim de se criar uma norma diversa da anterior. No caso do direito trabalhista, essa desregulamentação é fruto da busca pelo Estado mínimo, que, conforme Cassar (2014), é inerente ao neoliberalismo e ao próprio capitalismo. Em suas palavras, acerca da diferenciação entre desregulamentação e flexibilização:

A desregulamentação pressupõe a ausência do Estado (Estado mínimo), revogação de direitos impostos pela lei, retirada total da proteção legislativa, permitindo a livre manifestação de vontade, a autonomia privada para regular a relação de trabalho, seja de forma individual ou coletiva. A flexibilização pressupõe intervenção estatal, mais ou menos intensa, para proteção dos direitos do trabalhador, mesmo que apenas para garantia de direitos básicos. Na flexibilização um núcleo de normas de ordem pública permanece intangível, pois sem estas não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade, sendo fundamental à manutenção do Estado Social. (CASSAR, 2014, p. 40).

Portanto, a flexibilização não seria tão negativa quanto a desregulamentação, uma vez que aquela, além de garantir direitos mínimos, serviria apenas para proteger o próprio trabalhador; mas a desregulamentação seria negativa em virtude da diminuição de direitos trabalhistas.

Nessa perspectiva, há que se saber que, as regulamentações novas trazidas pela lei em comento vieram num viés de flexibilização da redução de jornada com redução de jornada, sem nenhum fator impeditivo transcrito na Carta Magna (BRASIL, 1988) a esse respeito.

Analisando-se o disposto nos incisos VI e XIII do art. 7º da Constituição Federal, verifica-se a inexistência de qualquer impeditivo à redução salarial acompanhada de diminuição proporcional da carga horária, especialmente em momento excepcional como o presente. (NASCIMENTO, 2020).

O que se veda é a redução do salário sem a redução da jornada, desprovida de qualquer negociação coletiva, situação que ao se amolda com as alterações da lei nº 14020/2020.

Isso porque a lei regulamentou uma situação de paridade entre as partes, uma vez que não há redução do salário hora do empregado, mas sim com a diminuição da atividade econômica empresarial pela redução de jornada de trabalho, o empregado ganha pelas horas laboradas.

Ademais, a lei preserva os acordos individuais firmados em detrimento das convenções coletivas, se ocorridos antes da vigência das negociações coletivas. E, que a partir da vigência do instrumento coletivo passarão a prevalecer as condições estipuladas por meio de negociação coletiva, naquilo em que conflitarem com o acordo individual, com a exceção que se as condições firmadas no acordo individual forem mais favoráveis ao trabalhador, prevalecerão essas condições sobre as estipuladas pelo instrumento coletivo de trabalho. (SOUSA; ARAGÃO; CARNEIRO, 2020).

Assim, a lei não é inconstitucional, conforme adverte Nascimento (2020):

não se visualiza qualquer violação ao inciso XIII do art. 7º da CF, visto que sequer se discute compensação de jornada. E mais: na medida do possível, a perda salarial será complementada pelo benefício assistencial custeado pelo governo.

Referida desembargadora ainda continua que tais medidas se encontram em perfeita harmonia com os preceitos constitucionais do valor social do trabalho e livre iniciativa, dignidade da pessoa humana, solidariedade, promoção do bem comum, função social da empresa, justiça social, existência digna, redução das desigualdades e busca pelo pleno emprego (CF, art. 1º, III e IV; 3º, I e IV; 5º, XXIII; 170, “caput”, III, VII e VIII). (NASCIMENTO, 2020).

No que toca a dignidade, impõe-se o registro de que Kant (2001) a analisou com grande cientificidade, enfocando-a sob dois aspectos: consiste o primeiro em considerar o homem como um fim em si mesmo e que, portanto, não pode ser utilizado como simples meio instrumental, como uma coisa; quanto ao segundo, deixou transparecer que a dignidade expressa o reconhecimento da liberdade e da autonomia do ser humano.

Assim, a dignidade é a “base e a meta do Estado democrático de direito, não podendo ser contrariado nem alijado de qualquer cenário” (NUCCI, 2010, p. 40).

Adverte, contudo, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 44) que a dignidade da pessoa humana há de ser acolhida como conceito inclusivo, uma vez que sua aceitação não implica cristalizar a espécie humana acima das demais, mas, acima de tudo, aceitar que “do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção”.

Em outras palavras, na matriz dos direitos humanos, na sua gênese, se encontra a sua condição de mercedores de proteção. Por isso, a dignidade da pessoa humana é o valor precedente de qualquer

ordem jurídica, a base dos direitos humanos, da qual eles se desprendem como um leque de amparo nas situações mais diversas e ao longo de sua historicidade (ALARCÓN, 2011).

No mesmo sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. XXIII, “1”) prevê o direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego. Para tanto, se harmonizou a questão do desprego patente com a possibilidade de manutenção do emprego e flexibilizou-se os direitos sociais que não são absolutos, conforme decidido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal:

A própria jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal (RE 563851, 2ª Turma, DJe 27/03/2008), decidiu que, mesmo quando não há ressalvas expressas, os direitos sociais não detêm caráter absoluto. Um exemplo bastante notório encontra-se no art. 7º, XVI, da CF/88, que prevê o direito ao pagamento de horas extras quando há labor acima da 8ª hora diária e/ou 44ª semanal. Todavia, o inciso II do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, excetua desta regra os exercentes do cargo de confiança ou gerência, o que foi considerado recepcionado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do C. TST (E-RR-540991-54.1999.5.05.5555, DEJT 06/06/2003), não obstante a ausência de previsão desta exceção no texto constitucional. (NASCIMENTO. 2020).

As políticas adotadas pela lei nº 14020/2020 têm como finalidade assegurar direitos básicos de preservação do emprego e proteção contra o desemprego, além de concretizar valores centrais da Constituição Federal, vez que os direitos sociais não possuem caráter absoluto e, em situação específica, da pandemia foram flexibilizados para a manutenção da existência digna dos seres humanos

CONCLUSÃO

Foi enfocado que a lei nº 14.020/2020 tem o objetivo primordial da manutenção do emprego e a renda, além de garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais e reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública.

Dentre os principais pontos tratados pela lei 14.020/20 e que já tinham previsão na MP 936/20 estão a possibilidade de redução proporcional de jornada de trabalho e salário de suspensão dos contratos de trabalho pelo prazo de até 120 (cento e vinte) dias, estabelecendo em ambos os casos um auxílio que será custeado com recursos da União (Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda).

Abordou-se também acerca da constitucionalidade dessa redução da jornada com a redução do salário, notadamente porque os direitos sociais não são absolutos e a Constituição Federal de 1988, permite essa redução em seu artigo 7º, XIII, que se amolda com os preceitos constitucionais do valor social do trabalho e livre iniciativa, dignidade da pessoa humana, solidariedade, promoção do bem comum, função social da empresa, justiça social, existência digna, redução das desigualdades e busca pelo pleno emprego.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Ciência política, estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

AMORIM, Wilson Aparecido Costa. Economia brasileira e covid-19: um choque desafiador. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/economia-brasileira-e-covid-19-um-choque-desafiador/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho (1943), de 09 de agosto de 1943. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/19276>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.422, de 13 de julho de 2020. Prorroga os prazos para celebrar os acordos de redução proporcional de jornada e de salário e de suspensão temporária do contrato de trabalho e para efetuar o pagamento dos benefícios emergenciais de que trata a Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10422.htm. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

CAIRO JUNIOR, José. Curso de direito do trabalho – direito individual e direito coletivo do trabalho. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIZERODIREITO. Lei 14.020/2020: Programa emergencial de manutenção do emprego e renda. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2020/07/lei-140202020-programa-emergencial-de.html#:~:text=O%20Benef%C3%ADcio%20Emergencial%20de%20Preserva%C3%A7%C3%A3o,tempor%C3%A1ria%20de%20contrato%20de%20trabalho>. Acesso em: 19 ago. 2020.

JOÃO, Paulo Sergio. Reforma trabalhista traz flexibilização responsável. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-13/reflexoes-trabalhistas-reforma-trabalhista-traz-flexibilizacao-responsavel-clt>. Acesso em: 20 ago. 2020.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2001.

LEGISWEB. Decreto nº 10422/2020 prorroga os prazos dos acordos de suspensão de contrato e de redução de jornada de trabalho. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/noticia/?id=24295#:~:text=Os%20per%C3%ADodos%20de%20redu%C3%A7%C3%A3o%20proporcional,limite%20m%C3%A1ximo%20de%20120%20dias>. Acesso em: 19 ago. 2020.

NASCIMENTO. SONIA A. C. MASCARO. O Direito do Trabalho na crise da COVID-19 Disponível em: http://www.abmtrab.com.br/_arquivos/Direito_do_Trabalho_na_Crise_da_Covid19.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 9. ed., rev. e atual., segunda tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUSA, Sylvia Lorena T; ARAGÃO Camila Jardim ;CARNEIRO, Pablo Rolim As novidades da Lei 14.020 em relação à MP 936. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-07/cni-novidades-lei-14020-relacao-mp-936>. Acesso em: 19 ago. 2020.

REFUGIADOS E O PRECEITO FUNDAMENTAL DE REFÚGIO: A INCUMBÊNCIA DA SOCIEDADE INTERNACIONAL

Joao Pedro Martins Nascimento, Francislaine de Almeida Coimbra Strasser

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: jp98martins@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo tem o principal objetivo refletir sobre a atual situação da crise de refugiados na sociedade internacional. Buscou-se demonstrar os deveres da sociedade com os refugiados, e as normas de direito internacional que garantam os direitos que cada ser humano refugiado possui. Também se abordou os direitos humanos que são (ou deveriam) ser aplicados a eles, seja porque são discriminados, ou porque sofrem xenofobia. Ainda se analisou por dados atuais a gravidade dessa situação. Assim, o presente estudo é justificável pela crescente importância de se proteger os refugiados no contexto internacional. A metodologia usada foi a hipotética- dedutiva.

Palavras - chave: Refugiados; Direito Internacional; Sociedade, Crise, Direitos.

REFUGEES AND THE FUNDAMENTAL PRICE OF REFUGE: THE INCUMBENCE OF INTERNATIONAL SOCIETY

ABSTRACT

The present article has the main objective to reflect on the current situation of the refugee crisis in international society. We sought to demonstrate the duties of society with refugees, and the norms of international law that guarantee the rights that every human refugee possesses. It has also addressed the human rights that are (or should) applied to them, either because they are discriminated against or because they are xenophobic. The severity of this situation is still analyzed by current data. Thus, the present study is justified by the increasing importance of protecting refugees in the international context. The methodology used was the hypothetical deductive.

Keywords: Refugee; International Law; Society, Crisis, Rights.

INTRODUÇÃO

Os movimentos migratórios resultantes de conflitos armados, questões ambientais e sistemáticas violações aos direitos humanos forçaram o desenvolvimento de um ramo específico do direito internacional, que tem sido chamado de direito internacional dos refugiados, que se está passando por uma crise humanitária.

Isso porque apesar de ter transcorrido setenta anos da ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, as violações são sistemáticas.

O último relatório divulgado pela O.N.U. (Organização das Nações Unidas), por meio do A.C.N.U.R (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) – mostra o quão grave é esta crise, são 65,6 milhões de pessoas deslocadas à força no mundo, desse número, 22,5 milhões são refugiados, dessa grande maioria, 30% são pessoas vindas somente da África, cujos motivos podem ser resumidos em: perseguição, conflitos, violência ou violações de direitos humanos. (A.C.N.U.R, 2018).

Este artigo pretende analisar a questão dos refugiados, bem como a sua situação nas normas de Direito Internacional, tratados, convenções, bem como seus direitos e deveres.

Para tanto, o artigo inicia com o conceito do refugiado, responsabilidade internacional, organizações internacionais para com os refugiados, e o reconhecimento da dignidade frente ao fluxo migratório constante.

Justifica-se o presente estudo, em decorrência da crescente importância que a proteção aos refugiados tem alcançado no âmbito internacional.

MÉTODOS

O artigo foi norteado por pesquisas bibliográficas, leituras e fichamentos. Os dados apresentados foram coletados e analisados por meio de documentos, relatórios divulgados pela O.N.U., e pelo A.C.N.U.R.

RESULTADOS

Os resultados alcançados pelo presente estudo foram objetivos, de forma a cooperar, a colaborar de modo nacional e internacional concebível para o debate e reflexão da situação e compreensão do refugiado em meio à crise humanitária.

DISCUSSÃO

A DENOMINAÇÃO DO REFUGIADO

A denominação de refugiado pode ser confundida com imigrante, migrante, emigrante, sendo que o conceito é trazido pelo ACNUR: (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados).

Os refugiados são pessoas que escaparam de conflitos armados ou perseguições. Com frequência, sua situação é tão perigosa e intolerável que devem cruzar fronteiras internacionais para buscar segurança nos países mais próximos, e então se tornarem um 'refugiado' reconhecido internacionalmente, com o acesso à assistência dos Estados, do ACNUR e de outras organizações. São pessoas que estejam fora do seu país de nacionalidade ou residência habitual e não possam voltar para lá devido a ameaças graves e indiscriminadas à vida, integridade física ou liberdade resultantes de violência generalizada ou eventos que perturbem gravemente a ordem pública. (UNHCR, 2011, p. 19). – Tradução Nossa

Assim, são pessoas que escapam de conflitos armados ou perseguições para buscarem segurança nos países próximos.

A ONU (Organização das Nações Unidas) também define refugiados a partir da Convenção e Protocolo sobre o Status de Refugiados, sendo a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967:

[...]. devido ao medo bem fundamentado de ser perseguido por razões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social ou opinião política específica, está fora do país de sua nacionalidade e é incapaz ou, devido a esse medo, não está disposto a recorrer ele próprio da proteção daquele país; ou que, não tendo nacionalidade e estando fora do país de sua antiga residência habitual como resultado de tais eventos, é incapaz ou, devido a esse medo, não está disposto a voltar a ele. (Convention Relating to the Status of Refugees, UNHCR, 1951) – Tradução nossa.

Ademais, em 1969, uma nova definição foi regulamentada pela Convenção Governamental de Aspectos Específicos de Refugiados e Problemas na África:

[...]. Toda pessoa que, devido a agressão externa, ocupação, domínio estrangeiro ou eventos que perturbem seriamente a ordem pública em parte ou em todo o país de origem ou nacionalidade, é obrigada a deixar seu local de residência habitual para procurar refúgio em outro local fora de seu país de origem ou nacionalidade". (Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 1969) – Tradução nossa.

Em 1984, a Declaração de Refugiados de Cartagena, disciplinou:

[...]. pessoas que fugiram de seu país porque suas vidas, segurança ou liberdade foram ameaçadas por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que perturbaram seriamente a ordem pública". (Cartagena Declaration on Refugees, 1984) – Tradução nossa.

Relatar sobre refugiados, nas palavras de PERREIRA, (2014, p. 12) é o mesmo que enfatizar a: “[...] impossibilidade de um ser humano manter uma vida em segurança no seu país de nascimento, em virtude de bem fundado temor de perseguição por questões políticas, raciais, religiosas, sociais e étnicas, dentre outras que envolvam grave afronta aos direitos humanos.”

A intolerância, seja ela qual for, pode ser dita como a que mais influencia a busca de refúgio, em outros países, em outras localidades, e a existência de documentos que versem os direitos inerentes ao refugiado, e a concessão fundamental de refúgio, são bases da dignidade da pessoa humana, em um mundo de direitos e deveres, não só do ser humano para com o outro, mas de principalmente, de uma sociedade que deve reconhecer seus deveres perante os mais necessitados, fazendo com que seus direitos sejam assim plenos e eficazes.

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem sua consolidação entre os Estados, pois conforme adverte Valério de Oliveira Mazzuoli (2015, p.39): “os Estados são os principais obrigados para com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e por isso, podem (devem) ser responsabilizados por sua violação”.

Complementa Hannah Arendt (1989, p. 330):

Só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver em uma estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova política global. O problema não é que essa calamidade tenha surgido não de algum atraso de civilização, atraso ou simples tirania, mas sim que ele não pudesse ser reparada, porque já não há qualquer lugar “incivilizado” na terra, pois, queiramos ou não, já começamos a viver num Mundo único. Só com uma humanidade completamente organizada, a perda do lar e da condição política de um homem pode equivaler à sua expulsão da humanidade.

Assim, a base da responsabilidade internacional está na ideia de justiça, qual seja, dos Estados serem corresponsáveis num cenário interacional pelos prejuízos sofridos por esses sujeitos de direitos. Nos dizeres de Mazzuoli, (2015, p.41):

O princípio fundamental da responsabilidade internacional traduz-se numa ideia de justiça, segundo a qual os Estados estão vinculados ao cumprimento daquilo que assumiram no cenário internacional, devendo observar seus compromissos de boa-fé sem qualquer outro prejuízo aos outros sujeitos do direito das gentes e às pessoas sujeitas a sua jurisdição. Portanto, o Estado é internacionalmente responsável por toda ação ou omissão que lhe seja imputável de acordo com as regras do direito internacional público, das quais resulte violação de direito alheio ou violação abstrata de uma norma jurídica internacional por ele aceita.

Com esse viés de proteção internacional, se encaixa o Direito Internacional dos Refugiados:

[...] ao Direito Internacional dos Direitos Humanos incumbe a proteção do ser humano em todos os aspectos, englobando direitos civis e políticos e também direitos sociais, econômicos e culturais, já o Direito Internacional Humanitário foca na proteção do ser humano na situação específica dos conflitos armados (internacionais e não internacionais), finalmente o Direito Internacional dos Refugiados age na proteção do refugiado, desde a saída do seu local de residência, trânsito de um país a outro, concessão do refúgio no país de acolhimento e seu eventual término.

Os dois últimos são *lex specialis*, em relação ao DIDH, que é *lex generalis*, e aplicável subsidiariamente a todas as situações, na ausência de previsão específica. (TAVARES, 2020, p. 158).

Isso porque a partir do momento que o Estado torna-se signatário de tratados que versem sobre Direitos Humanos, deve possuir os mínimos meios para a efetivação.

AS ORGANIZAÇÕES DE PROTEÇÃO AO REFUGIADO NO MUNDO

Antes mesmo da existência acerca do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, a primeira Organização Internacional que realizava ações em prol daqueles que futuramente, seriam denominados refugiados era a Cruz Vermelha:

Estabelecida em 1863, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha atua mundialmente, ajudando pessoas afetadas por conflitos e violências armadas e promovendo as leis que protegem vítimas de guerra. Uma organização neutra e independente, seu mandato foca essencialmente nos dizeres da Convenção de Genebra de 1949. Com base em Genebra, Suíça e empregando mais de 20 mil pessoas, em mais de 80 países. O Comitê Internacional da Cruz Vermelha é possui seu orçamento por doações voluntárias de governos, e da Cruz Vermelha Nacional e Sociedades Crescentes Vermelhas. (ICRC, 2020). (Tradução nossa).

A Cruz Vermelha teve papel fundamental nas garantias de direitos e assistências àqueles que eram afetados por conflitos, quais sejam os refugiados, até que existisse formalmente uma organização internacional, em nível global, e com grande parte dos países participando da mesma, a qual seria a Liga/Sociedade das Nações, formada após a Primeira Guerra Mundial:

A primeira organização especializada em refugiados veio com a criação da Liga/Sociedade das Nações em 1921, com o Alto Comissariado para Refugiados [...] a comissão foi responsável pelo auxílio de aproximadamente 1 milhão e meio de pessoas, que estavam fugindo da Revolução Russa de 1917, e Guerra Civil subsequente entre 1917 e 1921 [...]. (HASSELL, 1991, p. 1). (Tradução nossa).

Ao início da década de 1930, formou-se uma nova agência, ainda oriunda da Liga das Nações, o Escritório Internacional Nansen para Refugiados, cuja conquista foi o Passaporte Nansen, um documento em prol dos refugiados.

No entanto, o Escritório Nansen teve inúmeros problemas relativos ao seu orçamento e financiamento, além de um grande número de refugiados, e a falta de cooperação de alguns países membros:

O Escritório Internacional de Nansen para Refugiados, autorizado pela Liga das Nações no outono de 1930, iniciou suas operações em 1º de abril de 1931. Esse escritório foi o sucessor da primeira agência internacional que lidava com refugiados, o Alto Comissariado para Refugiados, estabelecido pela Liga das Nações [...]. O Escritório de Nansen foi assolado por problemas esmagadores durante sua existência - entre eles, a falta de financiamento estável e adequado; o início da depressão que fechou as oportunidades de emprego para refugiados; o declínio do prestígio da Liga das Nações. (NOBEL PRIZE, 1938). (Tradução nossa).

Frente a esses problemas, a Liga das Nações, estabeleceu uma Comissão especial, apenas para lidar com refugiados, notadamente oriundos da Alemanha pelo contexto da tomada de poder de Hitler, e que teria seu fim logo antes do início da Segunda Guerra Mundial, com a dissolução não só da Comissão especial, mas também do próprio Escritório:

As realizações do Escritório de Nansen incluem a adoção por catorze países da Convenção de Refugiados de 1933, uma modesta carta dos direitos humanos; [...]. O problema dos refugiados alemães após o nacional-socialismo chegar ao poder na Alemanha tornou-se tão grave em 1933 que a Liga estabeleceu um Alto Comissariado para Refugiados vindos da Alemanha. Esta comissão, cujo mandato foi posteriormente ampliado para acolher refugiados austríacos e sudetos alemão estava programada para ser dissolvida em 31 de dezembro de 1938, simultaneamente com o escritório de Nansen. Naquela data, ambos os escritórios foram, de fato, dissolvidos [...]. (NOBEL PRIZE, 1938). (Tradução nossa).

Entre 1939 e 1945, ocorreu a Segunda Guerra Mundial, que se tornou o conflito mais devastador que a humanidade enfrentara, que culminou na Organização das Nações Unidas, ONU, com os ideais de manutenção de paz no mundo.

Ademais, muitas pessoas se encontraram em situação de refúgio, o que teve como resultado, a criação da Organização Internacional de Refugiados:

A Organização Internacional para os Refugiados (OIR) foi uma organização intergovernamental fundada em 20 de abril de 1946 para lidar com o enorme problema dos refugiados criado pela Segunda Guerra Mundial. Uma Comissão Preparatória iniciou suas operações catorze meses antes. Em 1948, o tratado que estabeleceu a OIR entrou formalmente em vigor e a OIR se tornou uma agência especializada das Nações Unidas. A OIR assumiu a maioria das funções da Administração das Nações Unidas de Assistência e Reabilitação. Em 1952, as operações da OIR cessaram e foram substituídas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). (HOLBORN, 1956). (Tradução nossa).

Cumpra-se o art. 2º, da Constituição da Organização Internacional de Refugiados, que define suas principais funções:

As funções da Organização a serem executadas de acordo com os propósitos e os princípios da Carta das Nações Unidas serão: o repatriamento; a identificação, registro e classificação; o cuidado e assistência; a proteção legal e política; o transporte; e o restabelecimento e restabelecimento, em países capazes e dispostos a recebê-los, de pessoas que são da preocupação da Organização, de acordo com as disposições [...]. (INTERNATIONAL REFUGEE ORGANIZATION, 1951). (Tradução nossa).

Depois da fundação da Organização das Nações Unidas, foi criada a agência da ONU para refugiados (ACNUR):

O ACNUR, a Agência da ONU para Refugiados, foi criado em dezembro de 1950 por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas. Iniciou suas atividades em janeiro de 1951, com um mandato inicial de três anos para reassentar refugiados europeus que estavam sem lar após a Segunda Guerra Mundial. Seu trabalho tem como base a Convenção de 1951 da ONU sobre Refugiados. (ACNUR, 2020).

O ACNUR trata-se de uma organização internacional subsidiária da O.N.U., responsável pela tutela de refugiados e imigrantes, cujo objetivo é de oferecer uma proteção internacional humanitária para refugiados e esforçar-se para encontrar soluções permanentes para os mesmos, funções que se estendem até os dias atuais.

Além dessas organizações foram criados convenções e pactos internacionais que tiveram como base o Direito Internacional, para que se efetivasse a proteção dos refugiados.

OS MECANISMOS DE TUTELA DE REFUGIADOS NO MUNDO

Como mecanismos de tutela dos refugiados no mundo, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, e a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados em 1951, que foi o primeiro tratado multilateral aprovado pela Assembleia Geral da O.N.U., regulamentando sobre o refugiado.

Segundo este diploma internacional, os refugiados terão nos países signatários tratamento pelo menos tão favorável quanto concedido aos nacionais com relação à liberdade da prática de sua religião e educação religiosa de seus filhos. Excetuadas as hipóteses em que a Convenção prevê tratamento mais favorável, os Estados contratantes se comprometem a conceder aos refugiados tratamento idêntico ao que dedicam aos estrangeiros em geral. (DOLINGER, TIBURCIO, 2016, p. 201).

O denominado “preâmbulo” dessa Convenção trata das razões pelas quais foi adotada este documento perante a Organização das Nações Unidas:

As Altas Partes Contratantes, Considerando que a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral afirmaram o princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, Considerando que a Organização das Nações Unidas tem repetidamente manifestado a sua profunda preocupação pelos refugiados e que ela tem se esforçado por assegurar a estes o exercício mais amplo possível dos direitos humanos e das liberdades fundamentais,

Considerando que é desejável rever e codificar os acordos internacionais anteriores relativos ao estatuto dos refugiados e estender a aplicação desses instrumentos e a proteção que eles oferecem por meio de um novo acordo,
 Considerando que da concessão do direito de asilo podem resultar encargos indevidamente pesados para certos países e que a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza internacionais a Organização da Nações Unidas reconheceu, não pode, portanto, ser obtida sem cooperação internacional,
 Exprimindo o desejo de que todos os Estados, reconhecendo o caráter social e humanitário do problema dos refugiados, façam tudo o que esteja ao seu alcance para evitar que esse problema se torne causa de tensão entre os Estados, Notando que o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados tem a incumbência de zelar pela aplicação das convenções internacionais que assegurem a proteção dos refugiados, e reconhecendo que a coordenação efetiva das medidas tomadas para resolver este problema dependerá da cooperação dos Estados com o Alto Comissário⁵².

Outro documento, que pode ser tratado como uma emenda, a Convenção de 1951, é o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto do Refugiados, cujo preâmbulo está assim exposto:

Os Estados Partes no presente Protocolo,
 Considerando que a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados assinada em Genebra, em 28 de julho de 1951 (daqui em diante referida como a Convenção), só se aplica às pessoas que se tornaram refugiados em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951,
 Considerando que, desde que a Convenção foi adotada, surgiram novas categorias de refugiados e que os refugiados em causa podem não cair no âmbito da Convenção,
 Considerando que é desejável que todos os refugiados abrangidos na definição da Convenção, independentemente do prazo de 1 de Janeiro de 1951, possam gozar de igual estatuto. [...]

Assim, em face da nova onda dos refugiados que surgiu após convulsões políticas no cenário internacional foi regulamentado esse Protocolo, a fim de “eliminar a restrição que limitava a Convenção às situações ocorridas até 1º de janeiro de 1951”. (DOLINGER e TIBURCIO, 2016, p. 202).

Nas disposições gerais, tais restrições limitadas a Convenção de 1951, foram alteradas, em seu artigo 1º:

§1º. Os Estados Membros no presente Protocolo comprometer-se-ão a aplicar os artigos 2 a 34, inclusive, da Convenção aos refugiados, definidos a seguir.
 §2º. Para os fins do presente Protocolo, o termo “refugiado”, salvo no que diz respeito à aplicação do §3º do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras “em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e ...” e as palavras “... como consequência de tais acontecimentos” não figurassem no §2º da seção A do artigo primeiro.
 O presente Protocolo será aplicado pelos Estados Membros sem nenhuma limitação geográfica, entretanto, as declarações já feitas em virtude da alínea “a” do §1º da seção B do artigo 1º da Convenção aplicar-se-ão também ao presente Protocolo, a menos que as obrigações do Estado declarante tenham sido ampliadas de conformidade com o §2º da seção B do artigo 1º da Convenção.

Dessa forma, o Protocolo de 1967 era aplicado de forma complementar a Convenção de 1951.

Após tratar acerca da proteção internacional dos refugiados, abordar-se-á a respeito dos instrumentos de proteção no Brasil.

AS ORGANIZAÇÕES E OS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO AO REFUGIADO NO BRASIL

⁵² Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954, de acordo com o artigo 43. Série Tratados da ONU, Nº 2545, Vol. 189, p. 137.

Os instrumentos de proteção aos refugiados no Brasil, ocorreram após a aprovação da Convenção Relativa aos Refugiados de 1951.

O primeiro diploma legal, foi o Decreto Legislativo nº 11, de 1960, que aprovou a Convenção de 25 de julho de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada pelo Brasil a 15 de julho de 1952: “ Art. 1º É aprovada a Convenção de 25 de julho de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada pelo Brasil, a 15 de julho de 1952, com exclusão dos artigos 15 e 17”.

Em 1961, veio o Decreto n 50.215/61, da Presidência da República, que promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951:

Havendo o Congresso Nacional aprovado, pelo Decreto Legislativo nº 11, de 7 de julho de 1960, com exclusão dos seus artigos 15 e 17, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra a 28 de julho de 1951, e assinada pelo Brasil a 15 de julho de 1952; e tendo sido depositado a 15 de novembro de 1960, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, o Instrumento Brasileiro de Ratificação da referida Convenção, com exclusão dos artigos citados. [...]. Decreta que a mencionada Convenção, apensa por cópia ao presente Decreto, seja, com exclusão dos seus artigos 15 e 17, executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém, e que, para os efeitos da mesma, com relação ao Brasil, se aplique o disposto na Seção B.1 (b), do artigo 1º.

Ato contínuo, outro Decreto, o de nº 70.946, de 7 de agosto de 1972:

Havendo sido aprovado, pelo Decreto Legislativo nº 93, de 30 de novembro de 1971, o Protocolo sobre Estatuto dos Refugiados, concluídos em Nova York, a 31 de Janeiro de 1967; Havendo sido depositado, pelo Brasil, um Instrumento de Adesão Junto ao Secretariado das Nações Unidas em 7 de abril de 1972; E havendo o referido Protocolo, em conformidade com o seu artigo VIII, parágrafo 2, entrado em vigor, para o Brasil, a 7 de abril de 1972. Decreta que o Protocolo, apenso por cópia ao presente Decreto, seja executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Após mais de duas décadas, apenas em 1997, que se aprovou a Lei 9.474/97, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, além de determinar outras providências. Com esse diploma legal, ficaram definidos no Brasil, a tutela de proteção aos refugiados:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Esta lei foi a primeira que definiu quem se encaixava como refugiado, bem como os seus direitos, elencados no artigo 5º:

Art. 5º O refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública.

Art. 6º O refugiado terá direito, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem.

Um dos frutos da aprovação e efetivação desta lei foi o CONARE (Comitê Nacional para Refugiados):

O CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados – é um órgão colegiado, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, que delibera sobre as solicitações de reconhecimento da condição de refugiado no Brasil. Suas competências e composição

estão definidos no art. 12 da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Sua competência vem disciplinada nos artigos 11 a 13 da Lei nº 9474/1997:

Art. 11. Fica criado o Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça.

Art. 12. Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados:

I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;

II - decidir a cessação, em primeira instância, ex officio ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;

III - determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;

IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;

V - aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.

Art. 13. O regimento interno do CONARE será aprovado pelo Ministro de Estado da Justiça.

Parágrafo único. O regimento interno determinará a periodicidade das reuniões do CONARE.

O CONARE tem o objetivo de efetivar todos os direitos e garantias, expressados nas Declarações e Convenções Relativas aos Refugiados.

Para a própria concessão de refúgio, a lei em comento elenca como funciona o procedimento de efetivação do refúgio:

Art. 17. O estrangeiro deverá apresentar-se à autoridade competente e externar vontade de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado.

Art. 18. A autoridade competente notificará o solicitante para prestar declarações, ato que marcará a data de abertura dos procedimentos.

Parágrafo único. A autoridade competente informará o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR sobre a existência do processo de solicitação de refúgio e facultará a esse organismo a possibilidade de oferecer sugestões que facilitem seu andamento.

Art. 19. Além das declarações, prestadas se necessário com ajuda de intérprete, deverá o estrangeiro preencher a solicitação de reconhecimento como refugiado, a qual deverá conter identificação completa, qualificação profissional, grau de escolaridade do solicitante e membros do seu grupo familiar, bem como relato das circunstâncias e fatos que fundamentem o pedido de refúgio, indicando os elementos de prova pertinentes.

Art. 20. O registro de declaração e a supervisão do preenchimento da solicitação do refúgio devem ser efetuados por funcionários qualificados e em condições que garantam o sigilo das informações.

Assim, a comunicação ocorre entre a própria autoridade nacional, no caso feita pelo CONARE, internamente do Ministério da Justiça e Segurança Pública, para o órgão internacional que responde pela tutela internacional dos refugiados, que é o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados.

Atualmente é possível que tenha acesso a plataformas do Governo Federal, e do CONARE, para se analisar a situação do acolhimento de refugiados no Brasil.

AS DIFICULDADES DE ADAPTAÇÃO E A DIGNIDADE DOS REFUGIADOS

Refugiados são seres humanos, são pessoas que são dignas e que possuem direitos, mas a ideologia que impera nos países que os acolhe é de xenofobia, na medida em que preenchem vagas de empregos dos nacionais, ou são assistidos nas áreas de saúde, educação, que são básicas para uma existência digna, sendo que a atenção e a prioridades deveriam ser para os natos ou naturalizados, sendo que esse paradoxo

deve ser sanado, pois ao deixarem seu país de origem, estão em uma situação que causa por si só sofrimento mental, o que acentua se no país de origem são rejeitados:

Deixar seu país de origem, cultura, casa, trabalho, amigos e familiares é uma situação por si, capaz de gerar sofrimento mental e prejuízos a saúde psicológica. A situação, no entanto, fica ainda pior quando ao chegar no país de destino, com uma língua diferente, o refugiado ou migrante não encontra o mínimo de acolhimento necessário. [...] a lacuna de atenção aos direitos deixada pelo Estado é suprida por instituições, ONGs e membros da sociedade civil, que se mobilizam para receber as pessoas. (CRP-PR, 2018).

Dever que se impera do Estado que os acolhe é dar o devido acolhimento por ser a premissa do Direito Internacional Humano.

O BRASIL E A AMÉRICA LATINA NOS FLUXOS MIGRATÓRIOS DA ATUALIDADE

O Brasil sempre foi um país formado por imigrantes, por refugiados, resultando em um país multicultural, e a miscigenação sempre fez parte de nossa história. Possuía, até 2018 um acumulado de 11.231 mil pessoas, com o status de refugiados, sendo a maioria com nacionalidade síria, sendo 51% de todo esse total. São dados trazidos pela Coordenação Geral do Comitê Nacional para os Refugiados, no memorial do próprio Ministério da Justiça. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2019).

Atualmente, a situação mais precária, acontece no Norte do Brasil, mais precisamente em Roraima, Rondônia e Amazonas, de refugiados vindos da Venezuela. De 2018 a junho de 2020, mais de 134 mil venezuelanos foram registrados pelo ACNUR, representando um dos maiores fluxos migratórios de refugiados na América Latina. (ACNUR, 2020).

O que se observa é que o número de refugiados no Brasil, vem crescendo a cada ano, em grandes proporções.

Apenas em 2020, até o 1º semestre, do corrente ano, o número de refugiados aumentou mais de 7 vezes, e novamente os venezuelanos despontado na linha de frente e com a Pandemia de Covid-19, o número deu um salto. (G1, 2020).

Oriundos da Venezuela, que é o maior fluxo de saída de nacionais, o Brasil tem em média entre 150 e 200 venezuelanos entrando pelas fronteiras, a maioria acontecendo em Roraima, na fronteira entre os dois países. (NAÇÕES UNIDAS, 2019).

Isso é um problema porque como o Brasil já vem enfrentando uma crise econômica e social a alguns anos, com esses refugiados tem ocorrido colapso na saúde, disparidade na procura de emprego, aumento de crianças em escolas sem capacidade para tal, protestos de brasileiros contra a vinda de refugiados para determinada cidade.

Pacaraima, é o retrato de todas essas situações:

[...] o município está à beira de um colapso social com o crescente número de venezuelanos que chegam e se instalam na cidade. [...] Milhares de venezuelanos têm deixado o país em busca de oportunidades de emprego em países vizinhos, dentre eles o Brasil. Com isso, a cidade de Pacaraima, na fronteira com a Venezuela, é a porta de entrada e, muitas vezes, o destino final dos refugiados. [...] o município tem recebido um número muito maior de alunos do que o suportável pela rede de ensino pública. (AGÊNCIA BRASIL, 2019).

A maneira que tem sido adotada pelo país pátrio para amenizar essa situação é a distribuição desses refugiados para os municípios dentre os estados brasileiros:

Desde 2018, mais de 38 mil venezuelanos foram interiorizados de Roraima para mais de 570 municípios de 26 estados brasileiros e o Distrito Federal. Esses são resultados da Estratégia de Interiorização da Operação Acolhida, que conta com o apoio da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) e outras agências das Nações Unidas e da sociedade civil [...]. Em janeiro e fevereiro de 2020, pouco mais de 3 mil venezuelanos foram interiorizados por mês. No entanto, a partir março, como consequência da pandemia da COVID-19 e a implantação de rigorosos controles para garantir a segurança dos procedimentos de interiorização pela Operação Acolhida, os números foram reduzidos

para uma média de 1 mil realocações mensais. Em junho, foram 1.025 pessoas interiorizadas. [...] O Brasil é o quinto maior anfitrião de venezuelanos deslocados. Até dezembro de 2019, mais de 260 mil refugiados, solicitantes de asilo e migrantes temporários estavam no país. Cerca de 70% estavam em idade laboral, sendo que, deste total, 10% estavam empregados formalmente em dezembro de 2019. (ACNUR, 2020)

Cabe salientar, o trabalho e as ações realizadas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, e suas ações para com a crise de refugiados, enfrentadas ao Norte do Brasil. A atuação deste órgão sobretudo nessas situações é de fundamental importância, fazendo com que o auxílio de uma Organização Internacional, e de atuação internacional na garantia e na efetividade de refugiados, seja plena e que realmente ocorra até para amenizar a xenofobia.

REFUGIADOS E A PANDEMIA DE COVID-19

Em 2020, a maior crise sanitária dos últimos 100 anos, se instalou de forma global, em todos os países, e um dos grupos mais afetado, se não o mais afetado, são os refugiados.

Isso porque uma das graves consequências da pandemia, é o fechamento em massa de fronteiras, principalmente entre países, (fronteiras terrestres), pois dessa forma fica impossibilitado que aquele que deseja sair de seu país, em busca de refúgio, não consiga, pois, seu país encontra-se com a fronteira fechada, bem como o país que desejava refúgio.

A pandemia do Coronavírus tornou ainda mais difícil a situação das pessoas que fogem de guerras, conflitos e perseguição. Enquanto os países lutam para proteger suas populações e economias, normas fundamentais das leis de refugiados e direitos humanos estão em risco.

A agência das ONU para Refugiados (ACNUR) estima que 167 países até agora fecharam suas fronteiras total ou parcialmente para conter a propagação do vírus. Pelo menos 57 Estados não estão abrindo exceção para pessoas que procuram asilo. (NAÇÕES UNIDAS, 2020).

Os refugiados, que já sofrem pela discriminação, acentuou com a pandemia, pelo preconceito das pessoas em terem certeza que podem transmitir o vírus a elas, e com isso dificultar as possibilidades concretas de refúgio, amparado pela legislação nacional e internacional.

Além do próprio risco de os refugiados contraírem o vírus nos campos de refugiados, que geralmente são instalados onde há um grande fluxo migratório:

85% da população refugiada do mundo vive em países em desenvolvimento, muitas vezes em áreas remotas e cujos sistemas de saúde são fracos, alerta a Agência da ONU para Refugiados

[...]. Hoje mais de 70 milhões de pessoas estão em situação de deslocamento forçado no mundo, das quais pouco menos da metade vive em campos de refugiados ou abrigos, em geral, superlotados, e onde o acesso à rede de esgoto e à água tratada é precário.

[...]. Para Jan Egeland, secretário geral do Conselho para Refugiados da Noruega, as consequências serão “catastróficas” caso o vírus se alastre pelos acampamentos. “Milhões de pessoas afetadas por conflitos vivem em capôs lotados em condições desesperadoras de falta de higiene e saneamento. Quando a Covid-19 atingir os campos de refugiados e as comunidades afetadas por conflitos, seu impacto será rápido e devastador” [...]. (O GLOBO, 2020).

O que também se acentuou foram as violações dos direitos a essas pessoas que merecem respeito e atenção:

Os padrões adotados nos campos de refugiados, acordados pelas agências que respondam às crises humanitárias simplesmente não foram projetados para lidar com uma pandemia global como a de Coronavírus. Sendo assim, temos um problema grave.

Segundo um levantamento da Oxfam, cada torneira é usada, em média por 250 pessoas nos campos de refugiados em todo o mundo. São 250 pessoas tocando a mesma torneira

com alto risco de contaminação. Além disso, muitos têm menos de 3,5 metros quadrados de espaço para viver, o que torna o isolamento social quase impossível. [...]. No campo de Moria, na ilha grega de Lesbos, que foi construído para 3 mil pessoas, agora abriga quase 20 mil. Com isso, até 160 pessoas usam o mesmo banheiro e mais de 500 compartilham o mesmo chuveiro. EM algumas partes do campos 325 pessoas compartilham uma torneira e não há sabão. Abrigos improvisados chegam a ter 20 pessoas. Esse é o panorama da relação entre refugiados e a pandemia de Coronavírus. (OXFAM, 2020).

Se anteriormente a pandemia, o refugiado já necessitava ter olhares mais eficazes da sociedade internacional, com o advento da pandemia, esse dever, esta incumbência se torna obrigação fundamental desta sociedade como um todo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é tanto um direito do refugiado como um dever da sociedade internacional garantir todos os meios necessários aos refugiados.

Foi abordado que existem importantes documentos que trazem as obrigações dos Estados e da sociedade para com o refugiado, mas que infelizmente existe um hiato para a efetividade, seja por razões políticas ou ideológicas que devem ser mudadas.

Há a necessidade da compreensão de parte de todos os seres humanos, pois muitas das vezes eles não são tratados nem como seres humanos, não lhes são dados a oportunidade de viver em um outro local sem a criação de um sentimento mais reprovável por parte dos nacionais de algum país, que é a xenofobia.

O refugiado é tão digno como qualquer outra pessoa, e possui direitos como todos os seres humanos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Pacaraima está à beira de colapso social com aumento de imigração. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-05/pacaraima-esta-beira-de-colapso-social-com-aumento-de-imigracao>. Acesso em 19 jul. 2020.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951). Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em 19 jul. 2020.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS. Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf. Acesso em 19 jul. 2020

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS. Histórico Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/historico/>. Acesso em 19 jul. 2020

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Registro do ACNUR alcança 134 mil refugiados e migrantes da Venezuela no Brasil. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/08/11/registro-do-acnur-alcanca-134-mil-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-no-brasil/>. Acesso em 19 jul. 2020

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. ACNUR, União Europeia e Ministério da Cidadania realizam seminário sobre integração e interiorização de venezuelanos no Brasil. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/07/30/acnur-uniao-europeia-e-ministerio-da-cidadania-realizam-seminario-sobre-integracao-e-interiorizacao-de-venezuelanos-no->

brasil/#:~:text=Bras%C3%ADlia%2C%2030%20de%20julho%20de,brasileiros%20e%20o%20Distrito%20Fede ral. Acesso em 19 jul. 2020.

ALTO COMISSARIADO NAS NAÇÕES UNIDAS. ACNUR: Cuidado com danos de longo prazo aos direitos humanos e dos refugiados diante da pandemia de Coronavírus. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/04/22/acnur-cuidado-com-danos-de-longo-prazo-aos-direitos-humanos-e-dos-refugiados-diante-da-pandemia-de-coronavirus/>. Acesso em 19 jul. 2020.

ARENDR, H. Origens do Totalitarismo. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1989.

BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO Nº 11, DE 1960. Dispõe sobre o Aprovação da Convenção Relativa ao Status de Refugiados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-11-7-julho-1960-349947-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 19 jul. 2020

BRASIL. DECRETO Nº 50.215, DE 28 DE JANEIRO DE 1961. Dispõe sobre a Promulgação da Convenção relativa ao Estatuto de Refugiados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-50215-28-janeiro-1961-389887-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 19 jul. 2020.

BRASIL. DECRETO Nº 70.946, DE 7 DE AGOSTO DE 1972. Dispõe sobre a Promulgação do Protocolo sobre o Estatuto de Refugiados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D70946.htm. Acesso em 19 jul. 2020.

BRASL. LEI Nº 9.474, DE 22 DE JULHO DE 1997. Dispõe sobre os Mecanismos para a Implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em 19 jul. 2020

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA. Principal dificuldade enfrentada por refugiados no Brasil é acolhimento. Disponível em: <https://crppr.org.br/principal-dificuldade-enfrentada-por-refugiados-no-brasil-e-acolhimento/>. Acesso em 19 jul. 2020

DOLINGER, J; TIBURCIO, C. Direito Internacional Privado – Parte Geral e Processo Internacional. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

G1. Número de refugiados no Brasil aumenta mais de 7 vezes no semestre; maioria é de venezuelanos. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/06/09/numero-de-refugiados-no-brasil-aumenta-mais-de-7-vezes-no-semester-maioria-e-de-venezuelanos.ghtml>. Acesso em 19 jul. 2020.

HASELL, James E. Russian Refugees in France and the United States Between the World Wars. American Philosophical Society, 1991. Disponível em: <https://archive.org/details/russianrefugeesi0000hass/page/n5/mode/2up>. Acesso em 19 jul. 2020

HOLBORN, Louise W. The International Refugee Organization: a specialized agency of the United Nations, its history and work, 1946–1952. London, Oxford University Press, 1956.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Who we are. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/who-we-are>. Acesso 19 jul. 2020.

INTERNATIONAL REFUGEE ORGANIZATION. Constitution of the International Refugee Organization. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000004-0284.pdf>. Acesso em 19 jul. 2020.

MAZZUOLI, V. O. Curso de Direitos Humanos. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2015.

MAZZUOLI, V. O. Curso de Direito Internacional Público. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. CONARE – Comitê Nacional para Refugiados. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/conare>. Acesso em 19 jul. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Refúgio em Números traz dados sobre a realidade do refúgio no Brasil - <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1564080197.57>. Acesso em 19 jul. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. Governo federal visita venezuelanos atendidos pela ONU em Roraima e prorroga ajuda até 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/governo-federal-visita-venezuelanos-atendidos-pela-onu-em-roraima-e-prorroga-ajuda-ate-2020/>. Acesso em 19 jul. 2020.

O GLOBO. Superlotados, campos de refugiados são um dos espaços mais vulneráveis à Covid-19. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/superlotados-campos-de-refugiados-sao-um-dos-espacos-mais-vulneraveis-covid-19-1-24328645>. Acesso em 19 jul. 2020.

OXFAM. Como estão os campos de refugiados em meio à pandemia do Coronavírus? Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/blog/como-estao-os-campos-de-refugiados-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>. Acesso em 19 jul. 2020.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. Direitos Humanos e Hospitalidade: A Proteção Internacional para Apátridas e Refugiados / Gustavo Oliveira de Lima Pereira. – São Paulo: Atlas, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos / André de Carvalho Ramos. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020

THE NOBEL PRIZE. The Nobel Peace Prize 1938: Nansen International Office for Refugees. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/peace/1938/nansen/history/>. Acesso em 19 jul. 2020.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Cartagena Declaration on Refugees. Disponível em: <https://www.unhcr.org/about-us/background/45dc19084/cartagena-declaration-refugees-adopted-colloquium-international-protection.html>. Acesso 19 jul. 2020

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa. Disponível em: <https://www.unhcr.org/about-us/background/45dc1a682/oau-convention-governing-specific-aspects-refugee-problems-africa-adopted.html>. Acesso 19 jul. 2020

TRIBUNAL DO JÚRI: PRINCÍPIOS NORTEADORES

Kethelyn Caroline Saitis Gino, Danielle Yurie Moura da Silva

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E- mail: kethelyngino99@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade estudar os aspectos gerais do Tribunal do Júri, sua estrutura e em especial, princípios basilares e os impactos das decisões proferidas em face do acusado, procurando demonstrar os princípios e garantias na qual o acusado faz jus. Todavia, para tanto, faz-se necessário a compreensão da aplicação do Direito Processual Penal em casos de crimes dolosos contra a vida, na qual envolve a liberdade individual. A pesquisa inicia-se com a explanação de aspectos gerais do Tribunal do Júri, elencando sua origem, competência, focando especialmente nos princípios basilares.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Direito Processual Penal. Princípios.

BRAZILIAN JURY COURT: GUIDING PRINCIPLES

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study the general aspects of the Jury Court, its structure and in particular, basic principles and the impacts of the decisions rendered in the face of the accused, seeking to demonstrate the principles and guarantees in which the accused is entitled. However, for that, it is necessary to understand the application of Criminal Procedural Law in cases of intentional crimes against life, in which individual freedom is involved. The research begins with the explanation of general aspects of the Jury Court, listing its origin, competence, focusing especially on the basic principles.

Keywords: Court of Jury. Criminal Procedural Law. Principles.

INTRODUÇÃO

No instituto do Tribunal do Júri, o júri popular exerce a capacidade de julgar o acusado de um crime doloso contra a vida conforme sua consciência, na qual, poderá atingir negativamente princípios penais e garantias constitucionais, devido à formação prévia de valores e opiniões acerca crime, ressaltando que a referida decisão impactará diretamente na condenação ou absolvição do julgado.

Cotidianamente a sociedade busca a aplicação da penalidade, como uma forma de solução de conflitos e de se fazer justiça, não observado o disposto no Art. 5º, XXXVIII CF, na qual, assegura ao acusado: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Diante deste pensamento inserido na sociedade, o Processo Penal Brasileiro e Constituição Federal deixam de ser observado em sua integralidade.

Esta pesquisa, portanto, se propõe a estudar os princípios basilares garantidos ao acusado a ser julgado por um crime doloso contra a vida, bem como a presunção de inocência e Direito a honra, a imagem, a privacidade e intimidade atingidos negativamente. Ao analisar o presente estudo, percebe-se que o tema não recebe a devida relevância, tendo em vista que direitos garantidos a todos os cidadãos não são observados, uma vez que são sofrem supressão devida influências externas. E é em torno desta realidade que se firma o tema principal do estudo aqui presente.

METODOLOGIA

O método aplicado no presente trabalho foi o hipotético-dedutivo, baseando-se em pesquisas de cunho teórico e bibliográfico, com o escopo de trazer uma maior compreensão da problemática proposta.

O material foi obtido por meio de livros jurídicos, artigos científicos, notícias, revistas jurídicas e pesquisas publicadas na internet acerca da temática.

ORIGEM

A palavra “Júri”, de origem latina, *jurare*, significa “fazer juramento”, remetendo o entendimento ao juramento prestado os cidadãos que irão compor o tribunal popular. De acordo com estudos doutrinários existe uma grande imprecisão a respeito da origem do Tribunal do Júri, dado que se remete às civilizações antigas, como menciona Carlos Maximiliano apud Guilherme de Souza Nucci (2011, p.42): “vago e indefinido, perdona a noite dos tempos”. Tal instituto é usado desde os povos primitivos e é vigente até os tempos atuais, nos seus primórdios, esteve muito ligada a superstições e crenças populares, invocando-se Deus para o julgamento.

Existem correntes que indicam que a instituição do Júri teve origem na época mosaica, alguns o sugerem na época clássica de Grécia e Roma, enquanto os mais conceitualistas preferem afirmar o seu berço na Inglaterra. Segundo Edneia Freitas Gomes Bisinotto (2010, p.22):

Geralmente os mais liberais indicam a origem do Júri na época mosaica, alguns o sugerem na época clássica de Grécia e Roma, enquanto os mais conceitualistas preferem afirmar o seu berço na Inglaterra, em época do Concílio de Latrão. Os adeptos da idéia mosaica dizem que surgiu entre os judeus do Egito que, sob a orientação de Moisés, relataram a história das “idades antigas” através do grande livro, o Pentateuco. Apesar das peculiaridades do sistema político-religioso local, em que o ordenamento jurídico subordinava os magistrados ao sacerdote, as leis de Moisés foram as primeiras que interessaram aos cidadãos nos julgamentos dos tribunais. Lá, para quem assim defende, estariam os fundamentos e a origem do Tribunal do Júri, em muito pelo culto à oralidade exposta nos dispositivos, apesar do forte misticismo religioso. O julgamento se dava pelos pares, no Conselho dos Anciãos, e em nome de Deus.

Após realizar-se uma análise acerca da história do surgimento e formação do Júri, é possível afirmar que ele não nasceu na Inglaterra, mas, o instituto adotado no Brasil, é de origem inglesa, levando em consideração o fato de a família real após a guerra, ter vindo para o Brasil, trazendo consigo os costumes europeus. Isto posto é oportuno afirmar que não existe uma fase histórica inerente ao berço do Tribunal do júri, tal instituto desenvolveu em conjunto ao nascimento da sociedade, disseminando-se por diversos países, em torno do mundo.

ORGANIZAÇÃO E COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI

O código de processo penal dispõe sobre a composição do tribunal, haja vista o tema não ser tratado na Constituição Federal, conforme menciona o artigo 447, CPP:

Art. 447. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

Em suma, o instituto em questão é composto por um juiz presidente, com a função de conduzir os trabalhos, junto a 25 jurados, juízes leigos diante o caso apresentado, que irão compor o conselho de sentença e terão a responsabilidade de concordar ou discordar da existência do fato criminoso imposto ao réu, tendo o encargo de absolvê-lo ou condená-lo, sendo assim, o cidadão sob juramento, delibera sobre o crime de acordo com sua consciência. Nas Palavras de Guilherme de Souza Nucci (2013, p.786):

O Tribunal Popular é composto pelo juiz togado, que o preside, e por 25 jurados sorteados para a sessão, e não unicamente pelo magistrado e pelo Conselho de Sentença (7 jurados escolhidos dentre os 25). Há, na realidade, 26 pessoas envolvidas no julgamento (um juiz de direito e 25 juízes leigos), dos quais, em uma segunda etapa, atinge-se o número de oito (um juiz presidente e sete jurados). Por outro lado, para validamente começar seus trabalhos, devem reunir-se, pelo menos, 16 pessoas (um juiz togado e 15 jurados).

Portanto, pode-se dizer que há o Tribunal do Júri pleno (26 pessoas), o Tribunal do Júri mínimo (16 pessoas) e o Tribunal do Júri constituído para o julgamento (8 pessoas).

Dispõe à capacidade de compor o tribunal do júri, como jurado, ante o dever de julgar de forma justa e imparcial, os cidadãos de nacionalidade brasileira, completados dezoito anos (maior idade), alfabetizados, com plenas condições físicas e mentais, gozar de capacidade eleitoral, ou seja, ter direitos políticos ativos e prestar o serviço gratuitamente, ou seja, voluntário.

De fato, o Tribunal do Júri terá a participação direta da comunidade, cujo jurado, diante da premissa basilar da soberania dos votos proferidos, arcará com uma grande responsabilidade, haja vista que seu voto impactará de forma direta e imediata na liberdade no indivíduo a ser julgado.

COMPETÊNCIA

A instituição do Tribunal do júri é presente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXVII e assegura a competência do júri para o julgamento dos delitos contra a vida. O art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal faz a menção sobre que compete ao tribunal do júri: a) *homicídio* – artigo 121; b) *instigação ou auxílio ao suicídio* – artigo 122; c) *infanticídio* – artigo 123; d) *aborto* – artigos 124 a 127, de forma original. O referido instituto é um órgão de 1ª instância, ou de 1º grau, da Justiça Comum, Estadual ou Federal.

O referido instituto possui a competência mínima para julgar os crimes dolosos contra a vida, e não somente a competência única para julgá-los, desde modo, apenas o júri pode julgar os crimes dolosos contra a vida, mas não apenas estes, tendo em vista a competência para julgar eventuais crimes conexos.

PRINCÍPIOS DO TRIBUNAL DO JÚRI

Os princípios norteiam o ordenamento jurídico, são normas essenciais que cobrem lacunas do ordenamento jurídico, visando dar coerência à aplicação das normas. São indispensáveis como instrumentos norteadores. Deve-se observar qual princípio se amolda em determinada circunstância.

A Carta Magna, denominada constituição cidadã impulsionou os ideais democráticos, em 1988, deste modo, a referida Constituição Federal prevê princípios particulares ao Tribunal do Júri em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alíneas a, b, c e d, trazendo como princípios elementares o sigilo das votações, a plenitude de defesa, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

PLENITUDE DE DEFESA

O princípio da plenitude de defesa tratado modo pelo qual o acusado se opõe ao que afirmam contra ele. Pelo fato de o instituto ser o responsável por um bem indisponível, a liberdade do indivíduo, é preciso que a defesa seja competente, valendo-se de recursos previstos em lei, com a finalidade de convencer jurados leigos, sem conhecimento jurídico.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, assegura o contraditório e a ampla defesa. E em seu inciso XXXVIII, alínea a, é garantida a plenitude de defesa. A plenitude de defesa é eventualmente confundida com a ampla defesa, porém, são dois preceitos diferentes impostos pelo legislador constituinte. O primeiro é um elemento possibilita o réu e defensor impactar a opinião dos jurados por meio de argumentos não jurídicos, utilizando aspectos sociais, emocionais, morais, culturais e religiosos, o segundo é garantido como regra, aos acusados de modo geral.

O princípio em questão visa propiciar ao acusado contra argumentar o que é imposto em seu desfavor. Sobre este aspecto, argumenta Capez (2012, p.648):

A plenitude da defesa implica no exercício da defesa em um grau ainda maior do que a ampla defesa. Defesa plena, sem dúvida, é uma expressão mais intensa e mais abrangente do que defesa ampla. Compreende dois aspectos: primeiro, o pleno exercício da defesa técnica, por parte do profissional habilitado, o qual não precisará restringir-se a uma atuação exclusivamente técnica, podendo também servir-se de argumentação extrajurídica, invocando razões de ordem social, emocional, de política criminal etc. Esta

defesa deve ser fiscalizada pelo juiz presidente, o qual poderá até dissolver o conselho de sentença e declarar o réu indefeso (art. 497, V), quando entender ineficiente a atuação do defensor.

Assim, a plenitude da defesa é exercida pela defesa técnica e autodefesa. Conforme o art. 497 do CPP:

São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: V – Nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor (BRASIL, 1941).

Deve, então, ser garantido ao defensor a faculdade de fazer uso de todos os argumentos lícitos. Outro fator que também integra a plenitude de defesa é a garantia de um júri popular heterogêneo, formado por diferentes pessoas dos mais diversos setores da sociedade, afastando que a possibilidade de a justiça da decisão ser impedida em favor de valores de determinado segmento da sociedade (SOUZA, 2007).

SIGILO DAS VOTAÇÕES

O sigilo nas votações tem a finalidade de resguardar a liberdade de convicção e opinião dos jurados, para uma justa e livre decisão, impedindo que os jurados sejam constrangidos de qualquer forma. A forma sigilosa da votação visa resguardar a independência dos Jurados no momento do julgamento. O legislador conferiu o princípio do sigilo das votações na alínea b, do artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal. O referido princípio é uma exceção à regra geral da publicidade, disposta no artigo 93, IX, da CF. Neste sentido, sobre este princípio Capez (2012, p.629) esclarece que:

O sigilo nas votações é princípio informador específico do Júri, a ele não se aplicando o disposto no art. 93, IX, da CF, que trata do princípio da publicidade das decisões do Poder Judiciário. Assim, conforme já decidiu o STF, não existe inconstitucionalidade alguma nos dispositivos que tratam da sala secreta (CPP, arts. 485, 486 e 487). Quando a decisão se dá por unanimidade de votos, quebra-se esse sigilo, pois todos sabem que os sete jurados votaram naquele sentido. Por esta razão, há quem sustente deva a votação do quesito ser interrompida assim que surgir o quarto voto idêntico (sendo apenas sete os jurados, não haveria como ser modificado o destino daquele quesito).

Muito se discutiu acerca da publicidade do voto dos jurados, todavia, já foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que tal garantia não é oposta ao requisito de publicidade dos julgamentos previstos pela Constituição Federal, em seu art. 93, IX. Isso porque o sigilo das votações objetivas resguarda o jurado de toda e qualquer influência, pressão ou ameaça, possibilitando que emita sua decisão de forma imparcial e com fundamento na sua íntima convicção (SOUZA, 2007, p. 8)

O princípio se consuma com o recolhimento dos jurados à sala especial para a votação e com a inviolabilidade do teor dos votos. Desta forma, “o juiz-presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação” (art. 485, caput do CPP). É de suma importância que não exista comunicação entre os jurados, plateia e imprensa, visto estes não estarem atuando diretamente no processo, garantir a livre convicção dos jurados.

Assim dito, se conclui que o veredicto livre dos jurados é de interesse público primordial, pois a violação de tal princípio pode violar direitos fundamentais do acusado. E havendo a violação desse preceito legal restará configurada causa de invalidade do julgamento e dissolução do Conselho de Sentença (SOUZA, 2007).

SOBERANIA DOS VEREDICTOS

O princípio da soberania dos veredictos prevê que a decisão proferida pelos jurados tenha um caráter de imodificável. A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) em seu artigo 5º XXXVIII preceitua que é soberana a decisão coletiva dos jurados, decidindo-os, de acordo sua consciência pessoal e

não de acordo com a lei, todavia o referido princípio é relativizado pela apelação nos casos previstos no Art.593 do CPP.

Conforme estabelecido no artigo 593, inciso III, do CPP :

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. (BRASIL, 1941)

O tribunal popular permite que o acusado seja julgado por pessoas do povo, a fim de expresse a vontade popular, no entanto, o julgamento deve ser justo e de modo a não contrariar provas existentes autos. De acordo com Capez (2012, p.630):

A soberania dos veredictos implica a impossibilidade de o tribunal técnico modificar a decisão dos jurados pelo mérito. Trata-se de princípio relativo, pois no caso da apelação das decisões do Júri pelo mérito (art. 593, III, d) o Tribunal pode anular o julgamento e determinar a realização de um novo, se entender que a decisão dos jurados afrontou manifestamente a prova dos autos. Além disso, na revisão criminal, a mitigação desse princípio é ainda maior, porque o réu condenado definitivamente pode ser até absolvido pelo tribunal revisor, caso a decisão seja arbitrária. Não há anulação nesse caso, mas absolvição, isto é, modificação direta do mérito da decisão dos jurados.

Deste modo, quando se estiver diante da decisão dos jurados do Tribunal de Justiça em grau de apelação, somente poderão cassar a decisão anterior quando remeter a causa a novo julgamento. No que diz respeito à revisão criminal, Lima (2017, p.1343) pontua:

Na ação autônoma de impugnação que é a revisão criminal, o tribunal de segundo grau tem competência tanto para o juízo rescindente, consistente em desconstituir a sentença do tribunal do júri, quanto para o juízo rescisório, consistente em substituir a decisão do júri por outra do próprio tribunal do segundo grau.

Sendo assim, a soberania dos veredictos no instituto do tribunal do júri busca primordialmente um alto grau de eficiência e justiça das decisões proclamadas pela sociedade. Visa resguardar que o julgamento do júri prevaleça. Portanto, quando o Tribunal se convencer que a sentença condenatória foi fundada em documentos, depoimentos e provas comprovadamente falsas, ele poderá de imediato absolver o acusado sem que haja a necessidade de um novo julgamento popular.

COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Previsto no art. 5º, XXXVIII, alínea 'd', da Constituição Federal, o Tribunal do júri possui a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, abrangendo os crimes previstos do artigo 121 ao 127 do Código de Processo Penal quando presentes o dolo direto ou o dolo eventual, seja o delito tentado ou consumado, crimes esses que estão previstos no artigo 74§ 1º, do CPP, sendo: o homicídio (artigo 121 CP), instigamento ou auxílio ao suicídio (artigo 122 CP), infanticídio (artigo 123, CP) e aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (artigo 124 a 127, CP), A garantia constitucional dessa competência tem a finalidade de tutelar a vida humana, sendo defeso a sua supressão por lei ordinária.

Os crimes acima mencionados denotam de uma competência mínima, tendo em vista que tribunal do júri pode legalmente julgar outros crimes, desde que sejam conexos com os crimes dolosos contra a vida, conforme previsão do artigo 78, inciso I do CPP. Nesse sentido, o legislador não impossibilita a ampliação da competência do Tribunal do Júri. Leciona Nucci (2014, p. 35):

Note-se que o texto constitucional menciona ser assegurada a competência para os delitos dolosos contra a vida e não somente para eles. O intuito do constituinte foi bastante claro, visto que, sem a fixação da competência mínima e deixando-se à lei ordinária a tarefa de estabelecê-la, seria bem provável que a instituição, na prática,

desaparecesse do Brasil. [...] Além disso, demonstrando ser possível que o Tribunal Popular julgue outros delitos, que não somente os dolosos contra a vida, encontra-se o cenário dos crimes conexos. É viável que os jurados decidam condenar ou absolver o autor de um estupro ou de um roubo, por exemplo, bastando que o delito seja conexo ao crime doloso contra a vida. Por isso, se a competência fosse exclusiva, tal situação, corriqueira nos julgamentos ocorridos diariamente no Brasil, jamais se daria.

Observa-se que o instituto do Tribunal do Júri no artigo 5º da CF, é assegurado como direito fundamental impossível de ser modificado, visto ser resguardado pelas cláusulas pétreas, podendo sua competência ser ampliada, mas nunca abolida ou restringida.

Importante salientar que mesmo julgando crimes dolosos contra vida, algumas infrações penais serão afastadas da competência do Tribunal do Júri, como o caso das prerrogativas de função e crimes praticados por autoridades.

DIREITOS E GARANTIAS DO ACUSADO

O Tribunal do Júri, conforme mencionado possui a competência de julgar crimes que agridem um dos bens jurídicos mais importantes, a vida humana. O referido instituto consagra a democracia, externando o desejo da sociedade em face de um réu, julgado por crime doloso contra a vida. A vida humana é um bem de grande valorização aos olhos do legislador e sociedade, conseqüentemente quando um crime é praticado contra este bem jurídico enseja-se uma perplexidade e temor na sociedade, recaindo ao autor sanções severas, cominadas na legislação penal.

Mesmo diante de tamanha gravidade criminosa do agente, nada obsta que tais delitos sejam processados de maneira justa, com prudência, assegurando a efetiva defesa do acusado, por meio da presença integral dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, resguardando a intimidade e vida privada do acusado.

O Tribunal do Júri deve ser composto por jurados imparciais, sem o juízo de valor formulado antes do julgamento, a fim de não contaminar o julgamento por influências externas, devendo este se pautar em provas e declarações apontadas nos autos, e primordialmente aos princípios e garantias fundamentais do acusado, garantindo o devido processo legal. Os direitos e garantias do réu compreendem requisitos indeclináveis para o instituto.

No devido processo legal deve estar presente o contraditório e a ampla defesa, o contraditório possibilita o agente ser ouvido e exercer a participação do processo, e a ampla defesa permite o agente utilizar todos os meios que dispõe a fim de exercer sua defesa. Tais garantias penais tornam-se insatisfatório quando não acompanhadas de garantias processuais, como a presunção de inocência.

No entanto, mesmo que autor do crime a ser julgado goze primeiramente da presunção de inocência até que haja sentença condenatória transitada em julgado, na mente dos jurados, no momento da apresentação do acusado e a referida conduta criminosa, já é existente a premissa de culpado, desta forma, há o julgamento de acordo com o histórico deste e não dos fatos do delito.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O artigo 5º LVII da Constituição Federal prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, fazendo menção implicitamente a presunção de inocência e princípio do “*in dubio pro reo*”, componentes substanciais do estado de inocência. Segundo entendimento de Renato Brasileiro Lima (p.13,2012):

Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, negavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.

Beccaria proclamou a presunção de inocência: “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tais proteção lhe foi concedida”.

O princípio da presunção de inocência prevê explicitamente presumida a inocência do acusado até que seja declarado culpado por sentença penal condenatória transitado em julgado, considerado

imprescindível para o processo penal, deve ter aplicação máxima, especialmente no que se refere à carga da prova e ao tratamento que se dá ao acusado, levando-se em consideração influências externas, Aury Lopes Jr. Destaca que a presunção de inocência deve ser compreendida e encarada como um “dever de tratamento”, em que o acusado, independente do crime pelo qual está sendo acusado, seja efetivamente, tratado como inocente, a acusação deve apresentar provas concretas, que fielmente indiquem a materialidade da conduta delituosa, sem restar dúvidas, pois em caso de dúvida o juiz não poderá condenar o réu –*in dubio pro reo*.

O “*in dubio pro reo*” conecta-se com a presunção de inocência, tendo em vista o dever da aplicação da valoração das provas no instante em que surgir dúvida relevante que possam interferir na decisão processual.

Estando-se diante de uma possível prisão preventiva, o princípio da presunção de inocência não apresenta resistência, desde observados os requisitos legais, conforme artigo 312 do Código de Processo Penal, que diz:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. (BRASIL, 1941)

Todavia, é possível afirmar que o instituto da prisão preventiva não fere a garantia constitucional da inocência presumida, quando observado os pressupostos e requisitos necessários à sua execução, ambas podem caminhar em consonância desde que não afronte aos requisitos previstos em lei.

DIREITO A HONRA, A IMAGEM, A PRIVACIDADE E INTIMIDADE

Com o reconhecimento da dignidade do homem na Declaração Universal dos Direitos Humanos, é garantido a qualquer cidadão, inclusive ao que comete um crime doloso contra a vida, direitos, como a honra, imagem, privacidade e intimidade, mesmo que tais delitos causem repulsa na sociedade e a atinja se forma direta. Deste forme, cumpre observar que rotineiramente, determinados direitos, garantidos ao acusado, não são observados devido a instigações externas, negativas ao acusado que comete um crime.

A todo individuo é garantido o direito a um julgamento justo, levando-se em consideração o princípio do devido processo legal, aclamado pela Carta Magna, disposto no inc. LIV, do art. 5º LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O direito a não auto incriminação, à presunção de inocência, a um julgamento por juiz competente, são essências do devido processo legal, são instrumentos de garantia individual contra eventuais abusos por parte do Estado.

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 ressalta que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, garantindo ao atingido pela inviolabilidade o direito à indenização pelo dano material ou moral provida da violação, visto que todo individuo possui sua vida privada, honra, imagem e intimidade a ser preservada, independentemente de sua conduta. Deste modo, é inerente ao Estado proteger os direitos fundamentais, tais como a vida privada, honra e a imagem, devendo ser protegidos no curso da persecução criminal, dado o fato de serem invioláveis.

O direito à privacidade envolve a tutela da vida privada, honra, imagem e intimidade das pessoas. Segundo Alexandre de Moraes (2005): “Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas”

Segundo René Ariell Dotti, a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. A vida privada é aquela que “integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo”. A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental de a pessoa resguardar essas qualidades. A inviolabilidade da imagem da pessoa, segundo Adriano de Cupis, “satisfaz uma exigência espiritual de isolamento, uma necessidade eminentemente moral”.

CONCLUSÃO

Cumpra observar que a liberdade de midiática, consagrado em vários dispositivos da Carta Constitucional de 1998 é verificada como um direito fundamental que vai além da dimensão individual, devido tamanha interferência na vida privada formando a opinião pública, liberdade de expressão está que, habitualmente fere de forma negativa a tutela jurídica da intimidade e demais direitos personalíssimos garantidos ao réu, no decorrer do julgamento no instituto do tribunal júri.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, p. 35.

BISINOTO, Edneia Freitas Gomes. Origem, História, Principiologia E Competência Do Tribunal Do Júri. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3851> Acesso em 04 mai. 2020..

BRASIL. Constituição. Constituição da república federativa do BRASIL. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUPIS, Adriano de. “Riservatezza e segreto (Diritto a)”, in Novissimo Digesto Italiano. Torino: UTET, 1969, p. 117.

DOTTI, René Ariel. “Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação”. São Paulo: Ed. RT, 1980.

LIMA, Renato Brasileiro de Manual de Processo Penal, volume 1. Impetus. Niterói: 2012. p. 11.

LIMA, Renato Brasileiro de Manual de Processo Penal. 5. Ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.5998.

MAXIMILIANO, Carlos apud NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do júri. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 38ª edição. Ed. Malheiros, 2014, p. 210.

SOUZA, Ariagne Cristine Mendonça. Principios Constitucionais Informadores do Tribunal do Júri. São Paulo: [s.n.], 2007.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FEMINICÍDIO, SEU AUMENTO NA QUARENTENA DA COVID-19, MOVIMENTO FEMINISTA COMO MEDIDA DE PREVENÇÃO E COMBATE.

Ana Carolina de Melo Dantas, Bianca Redivo dos Santos, Amanda Goncalves Dias da Silva

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente, SP. E-mail: carolmelodantas1@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a fundo atos de violência doméstica prejudiciais à saúde mental e física da mulher, e o aumento de casos no cenário atual brasileiro, sendo estas, obrigadas a conviverem com seus parceiros e familiares necessitando de medidas severas de proteção por parte do Estado neste período tão caótico, como meio de retirarem tais vítimas de situações de transtornos e desespero. A pandemia do novo Corona Vírus, causada pela doença COVID-19, com sua gravidade e alto potencial de contágio, bem como as severas consequências a saúde, fez uso de solução imediata, de acordo com as recomendações da OMS, o período de quarentena e isolamento social, se tornando ambiente propício para a ocorrência de atos de violência e mortes às mulheres. Diante à problemática, há uma alusão ao movimento Feminista que deu partida e protagonizou grandes questionamentos à cerca dos atos de violência contra as mulheres em 1970, tendo como principal finalidade proporcionar igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Palavras-chave: Violência Doméstica; Femicídio; COVID-19; Isolamento Social; Feminismo;

DOMESTIC VIOLENCE AND FEMINICIDE, ITS INCREASE IN THE QUARANTINE OF COVID-19, FEMINIST MOVEMENT AS A MEASURE OF PREVENTION AND COMBAT.

ABSTRACT

This article aims to thoroughly analyze acts of domestic violence harmful to the mental and physical health of women, and the increase in cases in the current Brazilian scenario, which are forced to live with their partners and family members in need of severe protection measures by part of the State in this chaotic period, as a means of removing such victims from situations of disorders and despair. The pandemic of the new Corona Virus, caused by the disease COVID-19, with its severity and high potential for contagion, as well as the severe health consequences, made use of an immediate solution, according to who recommendations, the quarantine period and social isolation. This measure has caused several social, psychological and financial disturbances to the great part of the population around the world, however, in particular the increase in domestic violence, and social isolation due to political and epidemiological imposition has become a favorable environment for the occurrence of acts of violence. violence and deaths to women. Faced with the problem, there is an allusion to the Feminist movement that started and led to major questions about the acts of violence against women in 1970, with the main purpose of providing equal rights between men and women.

Keywords: Domestic Violence; Femicide; COVID-19; Social Isolation; Feminism;

INTRODUÇÃO

A pandemia ocasionada pelo novo corona vírus, originado da doença Covid-19, tem provocado mudanças significativas na maioria dos modos de vida em sociedade, desde dezembro de 2019 após a confirmação do primeiro caso na cidade de Wuhan, na China. Em um contexto genérico, os impactos trazidos pela Covid-19 obrigaram 188 países a alterar por completo a rotina de sua população, adotando o isolamento social para o benefício de todos, sendo essa a principal alternativa recomendada pela

Organização Mundial de Saúde –OMS em conjunto com a Organização Pan-Americana da Saúde -OPAS (OPAS, 2020).

Nos territórios em que a chegada do novo corona vírus acarretou em consequências mais severas, medidas de contenção social foram adotadas como principal estratégia, até mesmo o Brasil, com a finalidade de desacelerar a velocidade da transmissão do vírus e por consequência reduzir a propagação da doença.(OPAS, 2020). Entretanto, a convivência familiar diante do isolamento social como compromisso ao combate à pandemia mundial nem sempre é tão romântica e agradável quanto deveria ser.

O confinamento dos indivíduos que compõem a população brasileira em suas respectivas residências afim de propiciar o distanciamento social, de certo, aumentou significativamente o convívio familiar seja ele em relações saudáveis, ou tóxicas e abusivas, o que consequentemente também aumentou significativamente a tensão em ambientes, cujo o convívio a tempos é incompatível com um bom relacionamento. Resultado de relacionamentos caóticos: o aumento desenfreado de violência doméstica, em especial contra a mulher, estando a ela obrigada a conviver com o seu agressor e inimigo em meio a calamidade pública que assola o mundo. (MAGALHÃES, A. 2020).

METODOLOGIA

O artigo foi construído por pesquisas bibliográficas, leituras, fichamentos e discussões sobre casos práticos.

RESULTADOS

Os resultados alcançados pelo presente estudo auxiliarão o debate e reflexão acerca da situação de Violência Doméstica e Feminicídio, bem como, a cultura do movimento feminista.

Resultado final abrange o aumento de casos destas tais condutas em período de pandemia da COVID-19, e as diversas medidas surgidas e cabíveis para ajuda ativa nestas causas.

DISCUSSÃO

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Embora a Constituição Federal de 1988, ostenta o conceito de isonomia entre homens e mulheres em seu artigo 5º, inciso I “que todos são iguais perante a lei”, as mulheres ainda pertencem ao grupo de vulnerabilidade social aos atos de violência, reportados constantemente nos meios de comunicação através de denúncias, ameaças, agressões dos mais variados graus, bem como, assassinatos. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2018).

Muito se sabe que a violência doméstica contra a mulher é um problema social constatado ao redor do mundo, presente desde os primórdios da civilização até a atualidade. Acompanhado de traços históricos “tradicionais”, partindo de uma ideologia completamente machista e problemática, associados a um comportamento opressor e agressivo, em busca da submissão feminina e por consequência o constrangimento da vítima, geralmente, tendo como principais cenários o ambiente familiar, conjugal e afetivo. Especificamente quando os atos de violência, coação e constrangimento se originam de indivíduos que jamais se esperaria tal comportamento, seus parceiros.

Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti conceitua violência doméstica (CAVALCANTI, 2008, p. 87):

A violência doméstica é qualquer ação ou conduta cometida por familiares ou pessoas que vivem na mesma casa e que cause morte, dano, sofrimento físico ou psicológico à mulher. É uma das formas mais comuns de manifestação da violência e, no entanto, uma das mais invisíveis, sendo uma das violações dos direitos humanos mais praticadas e menos reconhecidas do mundo.

Estima-se que a cada três mulheres entre 15 à 44 anos, uma já foi vítima de violência sexual ou física ao menos uma vez na vida, em que o agressor era um parceiro, alguém de sua confiança, conforme dados levantados pela revista científica inglesa The Lancet (2013). E apesar da legislação brasileira sancionar de forma mais específica atos violentos contra a mulher desde agosto de 2006 com a propositura da Lei 11.340, a conhecida Lei Maria da Penha, não é de surpreender a sociedade, os inúmeros casos crescentes no Brasil, justificados por muitos anos pelo famoso provérbio popular que diz que “em briga de

marido e mulher ninguém mete a colher”, reforçando o tratamento natural dado pela sociedade aos gravíssimos conflitos entre cônjuges que infinitas vezes terminaram em feminicídio. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO 2018).

ÍNDICE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

O Ministério da Saúde registra que a cada quatro minutos uma mulher é agredida por ao menos um homem e sobrevive no Brasil. Em 2018 o Sinan – Sistema de Informação de Agravos de Notificação, registrou aproximadamente 145 mil ocorrências de violência doméstica ramificada em violência psicológica, sexual, física ... entre outras. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2019).

Segundo os dados do IPEA – Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada, documentados no Atlas da Violência 2019, a evolução dos homicídios contra as mulheres no país representou um crescimento expressivo de 30,7% no índice de homicídio de mulheres no país no período de 2007 à 2017.

Atendendo o período decenal, Rio Grande do Norte apontou o mais significativo crescimento, com variação de 214,4% entre 2007 e 2017, em seguida Ceará (176,9%) e Sergipe (107,0%). Já no ano de 2017, Roraima corresponde a maior taxa, com 10,6 mulheres vítimas de homicídio por grupo de 100 mil mulheres, índice que superou à média nacional (4,7). As unidades federativas que compõem o rol das maiores incidências de violência letal contra as mulheres é seguida por Acre, com taxa de 8,3 para cada 100 mil mulheres, Rio Grande do Norte, com a mesma estima 8,3, Ceará, representando 8,1, Goiás, com taxa de 7,6, Pará e Espírito Santo com taxas de 7,5.(ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2019).

Em 2017, o estado de São Paulo correspondeu pela menor taxa de homicídios femininos, 2,2 por 100 mil mulheres, em seguida pelo Distrito Federal (2,9), Santa Catarina (3,1) e Piauí (3,2), e ainda Maranhão (3,6) e Minas Gerais (3,7). No tocante a variantes, reduções superiores a 10% ocorreram em seis Unidades da Federação, sendo elas: Distrito Federal, com redução de 29,7% na taxa; Mato Grosso do Sul, com redução de 24,6%; Maranhão com 20,7%; Paraíba com 18,3%, Tocantins com 16,6% e Mato Grosso com 12,6%. (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2019).

Ao tempo em que vale se comparar a taxa de homicídios de mulheres brancas e mulheres negras: sendo as mulheres brancas com o crescimento de 4,5% entre 2007 e 2017, a taxa de homicídios de mulheres negras cresceu 29,9%. Em dados universais a diferença se torna cada vez mais expressiva, uma vez que entre mulheres brancas o crescimento é de 1,7% e entre mulheres negras de 60,5%. Considerando apenas o último ano disponível, a taxa de homicídios de mulheres brancas foi de 3,2 a cada 100 mil mulheres brancas, ao passo que entre as mulheres negras a taxa foi de 5,6 para cada 100 mil mulheres neste grupo.(ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2019).

Além de agressões promovidas por ex-companheiros que correspondeu em um aumento de aproximadamente 3 vezes entre os anos 2011 e 2019, representando de 13% para 37%, em cenários em que os agressores eram ex-maridos e também ex-namorados no momento da execução. Os dados recolhidos expressão um aumento de 284% desses casos, segundo a 8ª edição da Pesquisa Nacional sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, elaborada pelo Instituto de Pesquisa Data Senado em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência.

Adentrando ao assunto, o levantamento comportamental apresentado pelo Portal Institucional do Senado Federal, revelou que outros 41% dos casos ocorreram enquanto o opressor e a vítima desfrutavam ainda do relacionamento. Taxa que tem apresentado de forma bem otimista redução desde 2011, mudando gradativamente a perspectiva da vítima diante de sua posição, porém, não banaliza, tão pouco diminui a quantidade das agressões.

O que provoca o questionamento sobre essa perspectiva, pois, cerca 8 em cada 10 brasileiras acreditam que a violência doméstica e familiar contra as mulheres no país aumentou no último ano. Representando 82%, é 13 pontos maior que o verificado no levantamento anterior (69%), de 2017. (LOPES, E. 2019).

O AUMENTO EXPRESSIVO DE QUEIXA CONTRA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER DURANTE O PERÍODO DE PANDEMIA MUNDIAL NO BRASIL

De acordo com as informações fornecida pela Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), no Brasil, a partir de 1 de março de 2020, foram recolhidas cerca de 120.408 denúncias de violência doméstica, com uma concentração maior nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Bahia. Sendo a média de ligações recebidas diariamente entre os dias 1 e 16 de março foi de 3.045 e 829 denúncias registradas, contra 3.303 ligações recebidas e 978 denúncias registradas entre 17 e 25 do mês de abril.

No estado de São Paulo houve um aumento de 44,9% de atendimentos da Polícia Militar a mulheres que sofreram violência doméstica, conforme os dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP, que contabilizou um total de 9.817 socorros prestados, passando de 6.775 em comparação entre março de 2019 e março de 2020. A quantidade de feminicídios também subiu representando 46,2%.

Já no Acre também houve um aumento nas solicitações junto a Polícia Militar, pelo mesmo motivo, no mês de março com o pronunciamento da Organização Mundial da Saúde (OMS) declarando o impacto global em decorrência do novo corona vírus. Na unidade federativa, percebeu-se um aumento de 2,1% no número de chamados, que saltou de 470 para 480. Também foram registrados dois feminicídios, contra apenas um ocorrido em 2019. (FBSP, 2020).

O FBSP, relata ainda que no Estado do Rio Grande do Norte houve um aumento expressivo de 54,3% nos casos de ameaça, bem como, de 34,1% nos casos de lesão corporal dolosa. Além de notificações de estupro e estupro de vulnerável representando o dobro comparando com o mesmo período em 2019, totalizando 40 casos.

O Banco Mundial em colaboração, apresentou que no Mato Grosso correspondeu a um aumento de 5 vezes nos casos de feminicídios. Já No Rio Grande do Norte, somente um caso veio a luz mediante ao levantamento em março de 2019, enquanto se registraram quatro em mesmo período no ano de 2020.

Em nota, o Ministério Público do estado de São Paulo, reforça a ideia de que "a casa é o lugar mais perigoso para uma mulher". Em destaque aos dados levantando pelo Raio X do Feminicídio em São Paulo, que apresentou a informação de que 66% dos feminicídios consumados ou tentados foram executados na residência da vítima.

No Acre, apesar de se constatar que houve um número crescente de mulheres como alvo das agressões no último mês, os boletins de ocorrência representaram uma redução de 28,6%. Na avaliação do FBSP, a diminuição revela a implicação de várias dificuldades das vítimas para prestar queixa, diminuição que se no Ceará (-29,1%), Mato Grosso (-21,9%), Pará (-13,2%) e Rio Grande do Sul (-9,4%).

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública completa que "Apesar da aparente redução, os números não parecem refletir a realidade, mas sim a dificuldade de realizar a denúncia durante o isolamento", escreve na nota.

FEMINICÍDIO - LEI 13.104/15

O termo femicidio foi proposto inicialmente na década de 70 por Daiana Russell, para diferenciar a morte de mulheres do termo neutro homicídio.

Posteriormente Marcela Lagarde trouxe o termo feminicídio sendo definição de morte de mulheres por questão de gênero.

O feminicídio é o homicídio doloso realizado contra a mulher em razão de ser mulher, ou em consequência da violência doméstica. A causa principal para usar a palavra feminicídio, é de que é um crime de discriminação, cometido contra mulher em razão de ser mulher, isto provém do patriarcado, do machismo, sendo comportamentos culturais de que a sociedade normaliza para colocar a mulher num lugar de submissão, inferioridade, subalternidade. (MERELES, 2018).

No Brasil este crime está elencado na lei 13.140/15 que acarretou uma qualificadora ao crime de homicídio (art. 121 CP), originando uma pena nova para o feminicídio, como pode ser observado abaixo:

Homicídio simples

Art. 121- Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio qualificado

Feminicídio

VI -contra a mulher por razões da condição de sexo feminino

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º-A- Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I -violência doméstica e familiar;

II -menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

§ 7º- A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I -durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II -contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;

III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;

IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

A pena prevista ao crime de homicídio qualificado é reclusão de 12 a 30 anos.

A própria lei traz a interpretação autônoma no § 2º-A em seus incisos, que resultaria as mortes dessas mulheres num contexto de violência familiar, violência doméstica ou em decorrência da discriminação ou menosprezo desta mulher na condição de ser mulher. (CARMO, 2020).

Ao abranger o feminicídio como qualificadora do homicídio, o crime foi incorporado ao rol de crimes hediondos na Lei nº 8.072/90. Ficaram declarados como causa de aumento da pena em 1/3 quando realizado o crime durante a gestação ou nos 03 primeiros meses seguintes ao parto, contra menores de 14 anos ou maiores de 60 anos de idade, ou mulher com deficiência, ou na presença de ascendentes ou descendentes da vítima.(MIGALHAS, 2015).

O feminicídio é um crime de ódio, e tornou-se necessário ser positivado, a partir do momento que este crime é positivado ocasiona ao estado uma responsabilidade para coibir este crime. (MERELES, 2018).).

A morte de mulheres não é um problema só do Brasil, mas sim um problema que assola o mundo todo. Porém o Brasil ocupa uma posição alarmante, a 5ª posição para o feminicídio. Em média 12 a 13 mulheres morrem por dia em nosso país e esses dados tendem a aumentar progressivamente. (MUNIZ, 2019).

A violência e a morte contra as mulheres aumentaram no Brasil nos últimos anos, mas esses números não se misturam com o aumento da violência no geral ou tampouco com o crescimento da população. Houve um aumento substancial da morte de mulheres dentro de suas casas, em geral realizadas por arma de fogo. (MUNIZ, 2019).

Em março e abril deste ano, em razão da pandemia houve um aumento de 22% nos casos de feminicídio, comparado com estas datas do ano passado.(LIMA, 2020).

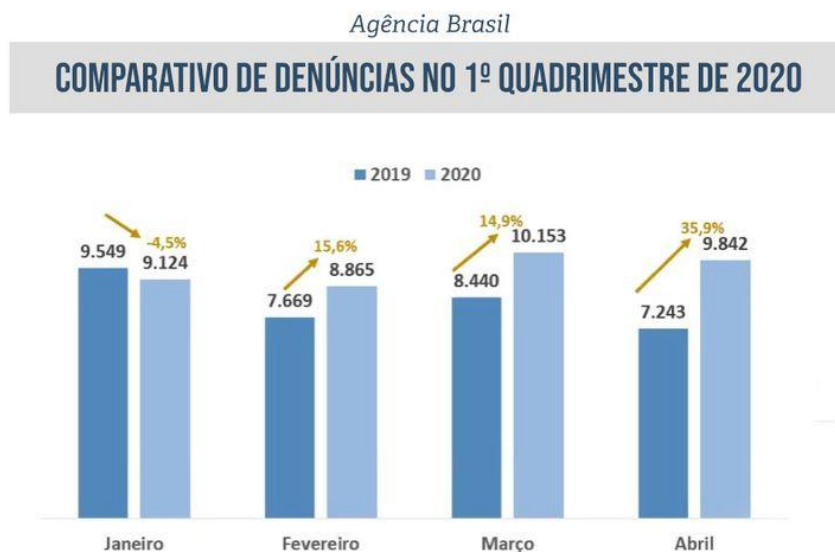
Figura 1.Aumento do Feminicídio em 2020.



Fonte: NÓS MULHERES PERIFERIA, 2020.

O centro nacional de atendimento à mulher (ligue 180), cresceu em 34%. As denúncias em São Paulo foram de 6.775 para 9.817, no Acre de 752 para 920 e Rio de Janeiro 15.386 para 15.920. (RODRIGUES, 2020).

Figura 2. Denúncias no 1º quadrimestre de 2020.



Fonte: AGÊNCIA BRASIL, 2020.

O feminicídio está relacionado a dominação que possuímos em nossa sociedade, nos sustentamos a construção de uma dominação entre homens e mulheres, preparamos esses homens de que os corpos das mulheres pertencem a eles, conseqüentemente quando a mulher tenta romper com esta ideia de pertencimento, de dominação, submissão o homem se sente escudado a cometer este crime. (MUNIZ, 2019).

Diante disso, o feminicídio não pode ser confundido com crimes passionais, já que não se trata de uma violenta emoção, uma perturbação momentânea do agressor, é fruto desta construção social. (MUNIZ, 2019).

Para Nadine Gasman, representante do escritório ONU Mulheres no Brasil, a violência contra mulheres é uma construção social, como efeito a desigualdade de força nas relações de poder entre homens e mulheres.

A construção social que hierarquiza homens e mulheres é base para o pensamento que as mulheres são inferiores ou incapazes em relação aos homens e são consideradas objetos ou propriedade, não possuindo vontades próprias. (FERRER PÉREZ, 2000).

Quando consideramos que crime de feminicídio precisa ter pena muito superior ao de homicídio, quer dizer que além deste ato de violência, estamos criminalizando também toda a construção que cominou nesta morte.

POSSIBILIDADE DE MULHER TRANS SER VÍTIMA DO FEMINICÍDIO

Os transexuais sofrem discriminação e violência pelo seu gênero, sofrendo violência doméstica pelos familiares desde a infância por não se enquadrar em seu gênero imposto. Sendo assim, injusto não abranger mulheres trans na Lei 13.104/15. As transexuais e travestis se identificam como mulheres e pretendem ser tratadas desta maneira. (BARBOSA, 2019).

Para Rogerio Greco (2015), possuem duas correntes que expressa a probabilidade da mulher trans se enquadrar no povo passivo do feminicídio. Para o grupo conservador, único método seguro e jurídico é no caso do registro civil verdadeiro e oficial (mencionando o sexo, nome de nascimento), se alterado este nome provocaria uma insegurança jurídica.

A segunda corrente, mas moderna defende que em caso de que o transexual fez a retificação de seu registro civil será identificado civilmente como mulher. (JUS BRASIL, 2016).

O Tribunal de Justiça do DF estabelece que o feminicídio também abrange mulheres transexuais. TJDFDT havia entendido que a Lei Maria da Penha também é válida para transexuais. Conforme o entendimento dos desembargadores, "uma vez que se apresenta dessa forma, a vítima também carrega consigo todos os estereótipos de vulnerabilidade e sujeição voltados ao gênero feminino, combatidos pela Lei Maria da Penha." (BARBOSA, 2019).

Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior entende que "a imputação do feminicídio se deveu ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher trans da ofendida". (BARBOSA, 2019).

LEI MARIA DA PENHA-LEI 11.340/06

A Lei Maria da Penha propaga os direitos das mulheres vítimas de violência doméstica auxiliando a se libertarem das relações definidas pelo poder, soberania masculina. Criando meios no sentido de cessar e prevenir a violência contra mulher, estipulando medidas de assistências e proteção em casos que a ofendida for marcada por danos psicológicos, físicos, morais.

A Defensoria Pública tem função de acesso à Justiça, efetuar a realização de convênios, prover programas para a qualificação profissional para a mulher. (BARRETO, 2007).

Através da defensoria a vítima poderá requerer que Juiz conceda medidas protetivas de urgência para a proteção da mesma e de seus familiares.

O NUDEM (núcleo de promoção e defesa dos direitos da mulher) possui equipe disciplinar para auxiliar as vítimas, para que elas se recomponham e supere a violência. (CORES, 2012).

MOVIMENTO DA INTERNET DE PEDIDO DE SOCORRO

A mulher conseguir se livrar de um ato de violência doméstica, e de um relacionamento abusivo que acarretam diversos fatores prejudiciais para a vida da mesma, podendo levar ao feminicídio, é de extrema importância, e existem vários meios para o pedido de socorro e fazer uma denúncia.

No Brasil o Governo Federal disponibiliza canais de atendimento a mulheres vítimas de violência doméstica.

- a) Disque 180 – Central de Atendimento à Mulher, para denúncias, ou
- b) Disque 190 – Para Polícia Militar e atuação emergencial.

Existem vários outros canais, como da defensoria pública, não precisando ser necessariamente a vítima a acionar o pedido de socorro, mas qualquer pessoa que sabe que este tipo de conduta está acontecendo, e dessa forma, salvando uma vida. (GOVERNO DO BRASIL, 2020)

Cabe salientar, em período de quarentena da COVID-19, existem muito mais dificuldades para denunciar e a denúncia virtual é uma opção muito prática, além de poder fazer o registro de boletins online, existem outros meios que surgiram para facilitar ainda mais este pedido de socorro. (CASTRO, 2020)

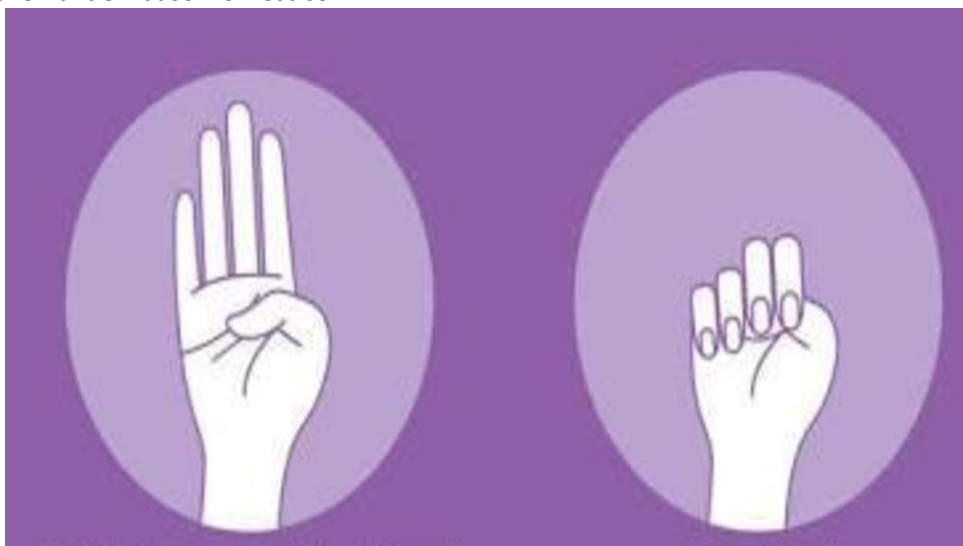
O sinal de ajuda (ou o Sinal de Violência em Casa para ajuda) é um gesto com uma mão que pode ser usado por uma pessoa para alertar outras pessoas de que se sentem ameaçadas e precisam de ajuda em uma "videochamada" ou pessoalmente.

Foi originalmente criado como uma ferramenta para combater o aumento de casos de violência doméstica em todo o mundo com os resultados das medidas de isolamento necessárias para pandemia da COVID-19.

O sinal é realizado segurando a mão como polegar dobrado na palma da mão e dobrando os dedos para baixo, prendendo simbolicamente o polegar nos dedos.

Sendo intencionalmente projetado como um único movimento contínuo da mão, em vez de um sinal mantido em uma posição, que poderia ser facilmente visível.

O Sinal foi reconhecido por mais de 40 organizações em todo mundo, como uma ferramenta útil para ajudar a combater a violência doméstica, visto que é uma ferramenta que alguém poderia usar para obter ajuda. (Revista Fórum 2020)

Figura 3. Sinal de Abuso Doméstico

Fonte: Revista Fórum 2020.

Diante esta mesma visão, as farmácias e drogarias de todo País sancionou uma campanha junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que tem como protocolo simples o “X VERMELHO NA PALMA DA MÃO” podendo ser feito de caneta ou até mesmo de batom em prol a violência doméstica acarretada como vítima as mulheres, e o aumento dos casos registrados contra a mulher durante a quarentena da COVID-19. (BANDEIRA R, 2020)

O projeto conta com a participação de mais de 10 mil farmácias e drogarias em todo País, uma vez que aderirem este movimento, devem imediatamente ao ver o sinal acionar o 190 para reportar a situação. (BANDEIRA R, 2020)

Uma ação emergencial voltado a ajudar vítimas de violência doméstica durante a fase do isolamento social.

No dia 08 de março de 2019, mesmo antes do período de quarentena da COVID-19, a Magazine Luiza, uma das maiores plataformas digitais de varejo do Brasil, lançou um botão para denunciar atitudes violentas e agressões contra as mulheres, sendo um botão permanente disponível no aplicativo da Magalu, que já conta com mais de 26 milhões de downloads.

Ferramenta está usada para o combate à violência contra mulher, e a empresa se tornando atividade ativa em prol desta causa.

O Canal ainda dispõe de uma profissional especializada que dá apoio às vítimas e as orienta para que façam uso da estrutura de serviços públicos de proteção às mulheres existentes no país. (AGRELA, 2020)

Estas são algumas das medidas recém surgidas para dar visibilidade a estas causas que infelizmente ainda estão implantadas na sociedade e de alguma forma normalizadas.

VIOLENCIA DOMÉSTICA E O SISTEMA PATRIARCAL.

Tratar da violência doméstica contra mulheres e o feminicídio também se faz necessário um olhar crítico e de uma forma mais genérica enquanto civilização oriental formada por um sistema patriarcado que tem como característica o domínio social ou uma estrutura de poder social centralizada no homem ou no masculino sob a figura mulher. (ALMEIDA, 2004)

A submissão feminina segundo o antropólogo Lewis Henry Morgan, (1877), no livro “A sociedade antiga”, mostra que as mulheres já foram consideradas deusas, e quando os homens foram conseguindo ganhar bens com as guerras e juntando esse capital e perceberam que tinham “alguma relação” no plano biológico com a reprodução da mulher, visto que naquela época não existia exame de DNA, assim, por sua vez teriam que passar este dinheiro de suas conquistas para os filhos homens, fator este que impuseram a

monogamia, onde as mulheres que eram consideradas “deusas” se tornaram propriedade.(FIGUEIREDO, 2019)

Segundo a Organização Mundial da Saúde existem as causas originárias da violência doméstica e os fatores potencializados, uma vez que a origem de todo ato de violência contra mulher é a discriminação de gênero, na definição de Scott (1995), gênero é um elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos e também um modo primordial de dar significado às relações de poder.

Esta discriminação de gênero bem como um conjunto de representações socioculturais que normalizam a subserviência das mulheres e atribuem um papel de comando, de poder de direção aos homens em todas as esferas da vida, seja na vida pública seja na vida privada, facilitam a visão de propriedade dos homens sob as mulheres, normalizando que a mulher se submeta a este controle do homem.(GUIMARÃES e PEDROZA, 2015)

SURGIMENTO DO MOVIMENTO FEMINISTA E A CORRELAÇÃO AO COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.

Durante muitos anos pessoas que cometessem um crime estando em um estado de privação de sentidos, dominadas pela emoção, não poderiam ser responsabilizadas pelos seus atos, por exemplo, marido poderia matar sua esposa, meio ao choque a fúria, se descobrisse ou desconfiasse de adultério. (ANDRADE e ALMEIDA, 2017)

Na prática, a justiça dava muito mais valor a honra masculina do que a vida das mulheres, historicamente a mulher era vista como propriedade dos homens, sem direitos próprios, em vez disso, cabia a elas o dever de zelar pela honra do pai mantendo-se virgem, e depois, pela honra do marido, sendo fiel.

A honra masculina era vista como um bem, passível de proteção, e a sociedade reconhecia esse direito, quando ela era atacada.

Apenas em 1940 que a legislação mudou, os chamados crimes passionais passavam a ser punidos, mas ainda recebiam penas menores das que de um homicídio comum. Sendo necessário comprovar que a pessoa agira sob impulso de uma emoção violenta, havendo algumas condições, e apenas em casos de premeditação, esta tal justificativa não funcionava. (ELUF, 2007)

No final da década de 1970 o movimento feminista vinha se formando no Brasil, bem como, trazer à tona o tema da violência contra mulher.(PINTO, 2003)

Um caso específico que marcou aquela época em 1976, foi o assassinato da “socialite” “Ângela Diniz pelo seu companheiro Doca Street, pelo fim do relacionamento e a não aceitação do término por parte de Doca Street.(PINTO, 2003)

Doca Street, foi descrito por pessoas que conhecia, como ciumento, possessivo e arrogante, e como a perícia psiquiátrica não identificou nele nenhum estado emocional alterado após o fato, o advogado recorreu a tese de legítima defesa da honra usando determinados comportamentos da mulher para justificar a conduta assassina do companheiro, e deu certo. Doca saiu do Júri em 1979 sendo condenado apenas a 2 anos de prisão, sob os aplausos da população. (PINTO, 2003)

Esse desfecho provocou uma das primeiras grandes campanhas públicas das feministas no Brasil, o caso foi o “estopim” para um grande movimento de conscientização cuja o slogan principal era “QUEM AMA NÃO MATA”. (PINTO, 2003)

Dois anos depois, em 1981 o caso foi reaberto, graças a campanha feminista e apoio da mídia, Doca Street, foi a julgamento em um cenário completamente diferente, a sociedade pedia sua devida punição e júri o condenou a 15 anos de reclusão por homicídio qualificado. (PINTO, 2003)

A partir daí a tese de legítima defesa da honra caiu em desuso, estava inaugurada uma nova história do feminismo no País. (ANDRADE e ALMEIDA, 2017)

No Brasil surgiram várias organizações, cujo o principal motivo era atender mulheres vítimas de violência doméstica, a primeira delas foi a SOS-MULHER, criada no final da década de 70, Para Céli Pinto, esta organização procurava se constituir como “um espaço de atendimento de mulheres vítimas de violência e também um espaço de reflexão e de mudança das condições de vida dessas mulheres”

Cabe salientar, as mulheres que formaram esta organização não sofriam violência doméstica, visto que a vítima se enquadrava a que não era feminista, que não tinha cultura, a que não tinha condições econômicas. (PINTO, 2003)

Conclui-se que as instituições criadas em defesa das mulheres por militantes deste movimento são importantes no combate a violência e feminicídio, porém, requer um estudo e uma análise do Estado para maior entender e englobar principalmente mulheres que não são de classes dominantes, para terem a mesma possibilidade de acesso a esta cultura e educação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A violência contra mulher é um problema social presente desde os primórdios da civilização até a atualidade, milhares de mulheres são violentadas e ameaçadas diariamente, visto que esta conduta está presente desde o surgimento da cultura patriarcal, que além de contribuir para o surgimento desta violência, fortaleceu para que esta pratica seja naturalizada pela sociedade.

As medidas de isolamento social adotadas para combater o novo Corona Vírus têm auxiliado para frear a propagação da pandemia, por outro lado, intensificaram o risco de violência doméstica contra as mulheres, no Brasil, a partir de 1º de março de 2020 foram recolhidas cerca de 120.408 denúncias de violência doméstica.

Constata-se que o feminicídio é a instancia última de controle da mulher pelo homem, o controle da vida e da morte, número que aumentou ao decorrer da quarentena da COVID-19.

A mídia e surgimentos de novos meios para denunciar esta causa de forma silenciosa, tem importância ativa na luta para diminuição destas causas e salvação de vidas que estão diante este período dentro de casa com os agressores.

O movimento feminista, um movimento político, social, tem como um dos principais objetivos ajudarem mulheres a saírem de situações como esta de violência doméstica, mostrando uma cultura ativista, ocasionada a mostrar a mulher que não é necessário ela ficar nesta situação de transtorno em desespero por quaisquer que seja o motivo, lutando pela igualdade de direitos entre homens e mulheres.

REFERÊNCIAS

AGRELA, L. App do Magalu tem botão discreto para denunciar violência doméstica **Exame** 2020. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/app-do-magalu-tem-botao-discreto-para-denunciar-violencia-domestica/> Acesso em 03 de Agosto. 2020

ALMEIDA, T. M. C. As raízes da violência na sociedade patriarcal. **Sociedade e Estado**, 19(1), 235-243. 2004 <https://doi.org/10.1590/S0102-69922004000100012>.

ANDRADE, L. A. M. A criminalização da violência contra as mulheres no Brasil: da “legítima defesa da honra” à violação dos direitos humanos. In. **Revistas Sociais e Humanas**, v. 30, nº 2, 2017. <https://doi.org/10.5902/2317175827565>

Araújo, M. D. F. (2005) Diferença e igualdade nas relações de gênero: revisitando o debate. **Psicologia Clínica**, v. 17, n. 2, p. 41-52, 2005 <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-56652005000200004>.

ASSIS, M.S, Tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais. Dissertação (MESTRADO em Direito Público) - **FACULDADE de Direito do Recife**- Universidade Federal de Pernambuco. Recife, p. 119, 2003.

ATALAS DA VIOLENCIA. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em 31 de jul. 2020

AVERBUCK, C. Há um sinal que pode salvar mulheres da violência doméstica. **REVISTA FÓRUM**, 18 jun 2020. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/blogs/outravibe/ha-um-sinal-que-pode-salvar-mulheres-da-violencia-domestica/> Acesso em 03 de Agosto 2020

BANDEIRA R. Sinal Vermelho: CNJ prossegue com a campanha de ajuda a vítimas de violência doméstica. CNJ 2020 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-cnj-lanca-campanha-de-ajuda-a-vitimas-de-violencia-domestica-na-pandemia/>. Acesso 29 de jul.2020

BARBOSA W. Crime de Femicídio irá Abranger Mulheres Transexuais, Conforme Decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **JUS BRASIL** 2019. Disponível em: <https://drwanderbarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/743302163/crime-de-feminicidio-ira-abranger-mulheres-transexuais-conforme-decisao-do-tribunal-de-justica-do-distrito-federal>. Acesso em 03 de agosto 2020

BARRETO, A. C.A Defensoria Pública como instrumento constitucional de defesa dos direitos da mulher em situação de violência doméstica, familiar e intrafamiliar. **Fortaleza: Universidade de Fortaleza**, 2007.
BRASIL, DECRETO N° 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890, PROMULGA O **CÓDIGO PENAL**. GOVERNO PROVISÓRIO, 11 de Outubro de 1890, 2° da REPUBLICA,

BRASIL. LEI N° 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Dispõe sobre o **Código Penal** Brasileiro. 1940
CASTRO. L. F. Subnotificação e gatilhos: o drama da violência doméstica na quarentena, **VEJA**, São Paulo, 29 abr 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/subnotificacao-e-gatilhos-o-drama-da-violencia-domestica-na-quarentena/>Acesso em 29 de jul.2020

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**. 2. Ed. Bahia: Jus Podivm, 2008.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro **CNMP**, 2018. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf. Acesso em 13 jul. 2020

CORES T. Relatório do Nudem da Defensoria analisa quase 300 casos de mulheres atendidas em casos de violência doméstica e familiar. **Diário oficial eletrônico da defensoria pública do estado da Bahia** 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/relatorio-do-nudem-da-defensoria-analisa-quase-300-casos-de-mulheres-atendidas-em-casos-de-violencia-domestica-e-familiar/>. Acesso em 03 de agosto 2020

CUBAS, M.G ZAREMBA, J. AMÂNCIO, T. Brasil registra 1 agressão contra a mulher a cada 4 minutos. **FOLHA DE SÃO PAULO** 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/brasil-registra-1-caso-de-agressao-a-mulher-a-cada-4-minutos-mostra-levantamento.shtml>. Acesso em 29 de jul. 2020

DATA, ministerios da mulher, da familia e dos direitos humanos. **Indicadores**. Disponível em: <https://ouvidoria.mdh.gov.br/portal/indicadores>. Acesso em 30 de jul. 2020

DATAOPAS. Folha Informativa Covid-19 – Escritório Opas E Oms No Brasil, 2020. **Organização Pós-Americana de Saúde – OPAS**, 27 ago 2020. Disponível em :<https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em 5 ago. 2020

ELUF, L.N. A paixão no banco dos réus: Casos passionais, Célebres: De Pontes Visgueiro a Pimenta Neves, 3ª EDIÇÃO, **SARAIVA**, SÃO PAULO, 2007

FIGUEIREDO, D. **Como começa a violência doméstica** 18min14s Publicado pelo TEDXTalks, 2019 vídeo: Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FQ-LkwyWHB4> Acesso em 03 de Agosto. 2020

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19.** 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em 31 de jul. 2020

GUIMARÃES, M. C. PEDROZA, R. L. S. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. *Psicologia & Sociedade*, v. 27, n. 2, p. 256-266, 2015. <https://doi.org/10.1590/1807-03102015v27n2p256>.

LIMA, L. Por dentro do combate à violência doméstica: os desafios de quem atende mulheres. **NÓS MULHERES PERIFERIA** 2020 Disponível em: <http://nosmulheresdaperiferia.com.br/noticias/por-dentro-do-combate-a-violencia-domestica-os-desafios-de-quem-atende-mulheres/>. Acesso em 31 de jul. 2020

LIMA,W. Violência doméstica: uma breve análise acerca da famigerada Lei Maria da Penha como forma de proteção às mulheres. *JUS BRASIL* 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40095/violencia-domestica-uma-breve-analise-acerca-da-famigerada-lei-maria-da-penha-como-forma-de-protecao-as-mulheres>. Acesso em 07 de agosto 2020

LOPES, E. Violência doméstica e familiar contra a mulher – 2019, **Senado Federal**, Brasília, 27 dez 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-2019>. Acesso em 07 de agosto 2020

MAGALHÃES, A. Quarentena com o inimigo: o aumento dos índices de violência doméstica em tempos de Covid-19. *MIGALHAS* 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324827/quarentena-com-o-inimigo-o-aumento-dos-indices-de-violencia-domestica-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em 6 ago. 2020.

MERELES C. Entenda a Lei do Femicídio e por que ela é importante. *GUIA DO ESTUDANTE* 2019. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-lei-do-femicidio-e-por-que-e-importante/>. Acesso em 03 de agosto 2020

MESSIAS, E. R., CARMO, V. M. D., & ALMEIDA, V. M. D. Femicídio: Sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. *Revista Estudos Feministas*, 28(1), e60946. Epub March 09, 2020. <https://dx.doi.org/10.1590/1806-9584-2020v28n160946>

METODOLOGIA do Sistema de Informação de Agravo de Notificação - SINAN. Violência Interpessoal/Autoprovocada, 08 mar 2016 – Atualizado 27 abr 2020 . Disponível em :<http://portalsinan.saude.gov.br/violencia-interpessoal-autoprovocada>. Acesso em 30 de jul. 2020

MUNIZ, K. A Importância da Lei do Femicídio no Brasil, 6m e 28s. **Publicado pelo canal do YouTube Advise** 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uBZ-jmk-l9s>. Acesso em 30 de jul. 2020
NETTO,L.R.F. Femicídio. **INFO ESCOLA** 2019. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociologia/femicidio/>. Acesso em 30 de jul. 2020

PINTO Celi. Uma história de feminismo no Brasil. Rio de Janeiro: **FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO**, p. 215, 2003.

POR-LEITORES. PROTEÇÃO DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. **JUS BRASIL** 2012. Disponível em: <https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040451/protecao-da-mulher-vitima-de-violencia-domestica>. Acesso em 31 jul. 2020.

RAMOS, M. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil, e a construção das mulheres. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, 20(1): 53-73, janeiro-abril 2012.
REDAÇÃO MIGALHAS. Sancionada lei que inclui o feminicídio no rol de crimes hediondos. MIGALHAS 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/216921/sancionada-lei-que-inclui-o-feminicidio-no-rol-de-crimes-hediondos>. Acesso em 29 de jul 2020. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100004>

RODRIGUES, A. Ligue 180 registra aumento de 36% em casos de violência contra mulher. **AGÊNCIA BRASIL**, Brasília, 30 mai 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/ligue-180-registra-aumento-de-36-em-casos-de-violencia-contramulher>. Acesso em 30 de jul. 2020

SANTOS, M. SP: violência contra mulher aumenta 44,9% durante pandemia. **Agência Brasil** Universidade de São Paulo 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-04/sp-violencia-contramulher-aumenta-449-durante-pandemia#:~:text=Publicado%20em%2020%2F04%2F2020,no%20estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo>. Acesso em 03 de ago. 2020

SÃO JOAQUIM ONLINE. FEMINICÍDIO: O AUGÉ DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. **SÃO JOAQUIM ONLINE**, 06 jan 2019. Disponível em: <https://saojoaquimonline.com.br/della-rosa/2019/01/06/feminicidio-o-auge-da-violencia-contramulher/>. Acesso em 28 de jul. 2020

STÖCKL, H; DEVRIES, K; ROTSTEINA; ABRAHAMS, N; CAMPBELL, J; WATTS, C. MORENO, G. The global prevalence of intimate partner homicide: a systematic review. **THE LANCET**, 20 jun 2013. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(13\)61030-2/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(13)61030-2/fulltext). Acesso em 29 de jul. 2020

TJDFT. Tribunal de Justiça do Distrito Federal decide que feminicídio também abrange mulheres transexuais. **JORNAL JURID** 2019. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/tribunal-de-justica-do-distrito-federal-decide-que-feminicidio-tambem-abrange-mulheres-transexuais>. Acesso em 28 de jul. 2020

RESUMOS DE PESQUISA

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MULTA PELA RECUSA AOS TESTES DE VERIFICAÇÃO DE EMBRIAGUEZ.....	2725
A MEDIAÇÃO E A PSICOLOGIA: A VISÃO DE UMA NOVA CULTURA PARA O MUNDO JUDICIÁRIO E SEUS LITÍGIOS.....	2726
A MEDIAÇÃO FAMILIAR E OS NOVOS PARADIGMAS LEGAIS.....	2727
A PESQUISA EM DIREITO E SUA COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA: UM ESTUDO SOBRE O QUALIS-PERÍODICO DA ÁREA	2728
DIREITO A EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: POLÍTICAS PÚBLICAS E PRÁTICAS INSTITUCIONAIS INSPIRADORAS NO ENSINO PÚBLICO FUNDAMENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.	2729
DIREITO À EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: ESTRATÉGIAS PARA SUPERAR OBSTÁCULOS SEGUNDO UMA ANÁLISE SOCIAL A PARTIR DE PODCAST	2730
EDUCAÇÃO ABERTA E O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE EM UMA SOCIEDADE CAPITALISTA: UM ESTUDO DOCUMENTAL NAS REDES SOCIAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS	2731
MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FUNDIÁRIOS INDÍGENAS	2732
O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS POR MEIO DA MEDIAÇÃO	2733

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MULTA PELA RECUSA AOS TESTES DE VERIFICAÇÃO DE
EMBRIAGUEZ

ERISVALDO FERREIRA DE LIMA

O presente estudo discorreu sobre o artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, trazido pela Lei 13.281/2016, a evolução histórica das leis secas em nosso país, as críticas em torno da temática, principalmente quanto aos direitos constitucionais lesados quando da aplicação dessas leis e o artigo 165-A do CTB, como uma solução em vista de evitar essas lesões. Tornar conhecido o novo tipo infracional do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro e sua constitucionalidade, apresentar a evolução das leis secas, alguns princípios penais envolvidos na temática, e as críticas dos doutrinadores sobre o assunto e as contribuições trazidas com a criação do novo tipo infracional do artigo 165-A. Na pesquisa foi priorizado o método hipotético-dedutivo através do levantamento bibliográfico, leitura de artigos e pesquisas da internet sobre o tema e julgados que envolvem a multa pela recusa. O artigo 165-A reduziu a condução coercitiva aos plantões policiais para submissão a exame clínico pericial, como também as prisões em flagrante por embriaguez ao volante. A multa aplicada pelo artigo 165-A seria inconstitucional? Mesmo sendo polêmico o assunto ainda não tem uma palavra final. Em alguns julgados, as decisões dos tribunais estão a favor da coletividade em detrimento do interesse particular. Soma-se a isso também acórdão das Turmas Recursais da Fazenda Pública que uniformizou a jurisprudência sobre o teste do bafômetro e sua recusa já abordando o artigo 165-A do CTB. Este novo dispositivo infracional apresentou avanços em relação às leis secas anteriores, pois resolveu a situação topográfica que perdurou por longo período entre infração administrativa do artigo 277 c/c 165 que punia com uma presunção de embriaguez, quando na verdade existia uma recusa. E ainda solucionou o conflito entre direito penal da infração da embriaguez ao volante do artigo 306 (crime de trânsito) e a multa administrativa do artigo 165 (condução sob efeito de álcool). Por fim, reduziu as situações vexatórias de condução coercitiva de condutores aos plantões policiais em vista de se obter alguma prova da embriaguez. Portanto, diante de seus avanços já se vislumbra sua constitucionalidade a ser declarada pelo STF no RE 1224374, no Tema de Repercussão Geral 1079.

A MEDIAÇÃO E A PSICOLOGIA: A VISÃO DE UMA NOVA CULTURA PARA O MUNDO JUDICIÁRIO E SEUS LITÍGIOS

POLIANA DA SILVA AGUIAR SILVESTRE
JOSÉ RICARDO SUTER

No Brasil, a primeira manifestação de mediação decorreu nas Ordenações Filipinas, no ano de 1824, reconhecendo a atuação conciliatória do juiz de paz, contudo, apenas no século XX o processo de mediação foi definido e sua prática foi utilizada de forma orientada e direcionada. Desde então surgiram importantes estudos e pesquisas que dizem respeito à métodos alternativos de resolução de conflitos. A presente pesquisa visa ampliar o olhar para a mediação e a psicologia, apontando aspectos valiosos e indispensáveis nas resoluções de conflitos. Nos últimos anos, o estudo da psique está cada vez mais atrelado ao mundo jurídico, para ela o sujeito não é um ser constantemente racional, levando o olhar para além da conduta fria do indivíduo, considerando as emoções e sentidos. A palavra mediação vem do latim *mediare*, significa dividir ao meio, que tem como principal característica as possibilidades das próprias partes entrarem em um acordo, por meio do diálogo e comunicação. A conexão existente entre a psicologia e o direito dá-se aos procedimentos judiciais que buscam a solução de conflitos, os quais, em sua maioria são procedidos por envolvimento emocionais. O método utilizado foi o hipotético dedutivo, por meio de levantamento bibliográfico. Com a feitura deste trabalho, foi permitido enxergar mais a fundo a relevância e necessidade da mediação tornar-se mais comum e mais recorrente em no dia-a-dia, podendo fazer com que as pessoas repensem suas capacidades de encontrar uma solução para seus problemas, enxergando o próximo com um olhar mais igualitário. Esta pesquisa visa analisar a mediação atrelada a psicologia, principalmente nos conflitos de âmbito familiar onde se observa a importância da psicologia e o direito atuarem em conjunto, formando um time para buscar o que é melhor aos envolvidos. Está ocorrendo à mudança de paradigma da cultura do contencioso para a pacificação, mas ainda assim, as pessoas recorrem diretamente ao judiciário. Novos valores e costumes exigem novas práticas, é um grande desafio, tendo de ressignificar e dar um novo sentido ao mundo jurídico do nosso País, adotando uma postura pacífica, de comunicação. Ao pesquisar e analisar as jurisprudências verificou-se o quão valioso vem sendo a mediação O caminho será longo, porém, acredita-se que o direito e a psicologia de mãos dadas, caminhando na mesma direção, poderá auxiliar na busca de uma nova cultura de paz na resolução de conflitos. Órgão de fomento financiador da pesquisa: PIBIC FACULDADE ESTÁCIO DE SÁ DE OURINHOS

A MEDIAÇÃO FAMILIAR E OS NOVOS PARADIGMAS LEGAIS.

JOÃO PEDRO SOARES DE ARRUDA DOS REIS
JOSÉ RICARDO SUTER

Este trabalho tem como principal enfoque, estabelecer uma análise hermenêutica acerca da legislação vigente dentro do ordenamento jurídico do direito das famílias, quanto ao processo de mediação e a sua efetiva relação frente a resolução de conflitos. Para tanto, tem-se como objetivo trazer à tona parâmetros legislativos que venham a legitimar o processo de diálogo entre os litigantes, dentro da estruturação jurídica que se efetivam através da mediação. Desta forma, em alusão a jurisprudência, e em paralelo a esta, ao embasar os demais objetivos desta diligência, visa demonstrar a relevância de uma base legal, que veio a sustentar o processo de mediação dentro do texto que é a Lei nº 13.105/2015 (lei de mediação) e, por fim, enfatizar o caráter isonômico do processo de mediação e sua importância na manutenção do estado democrático de direito. Assim especificado, esta pesquisa, conta com o caráter de revisão bibliográfica, empírico literária, apropriando-se de material bibliográfico, que corrobore com a evidência da mediação dentro da legislação vigente, e usar-se-á para tanto, artigos, livros e pesquisa em web, de materiais que exponham o tema de maneira pertinente. Destarte, os resultados encontrados na legislação vigente, análises doutrinárias e jurisprudencial acerca da mediação de conflitos, por se tratar de um procedimento informal, baseado na oralidade e possibilita a solução entre as partes, é deveras empoderador, deste modo, restou demonstrado que a mediação como meio alternativo de resolução de conflitos familiares é muito além disso, de toda maneira é o meio necessário para a resolução e pacificação dos conflitos deste cunho. Assim, conclui-se que, a conjectura da resolução consensual das guerras desavenças propostas como lide no judiciário, com a devida aplicação das medidas aqui elencadas necessárias e consensuais de resolução de conflitos, e partindo-se desta premissa, poderão os litigantes e futuros sujeitos da mediação conquistar a merecida e concreta justiça. Órgão de fomento financiador da pesquisa: PIBIC Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos

A PESQUISA EM DIREITO E SUA COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA: UM ESTUDO SOBRE O QUALIS-
PERIÓDICO DA ÁREA

RAQUEL ROSAN CHRISTINO GITAHY

A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior- CAPES mantém um sistema de avaliação de periódicos denominado Qualis-periódico. O objetivo geral foi analisar o qualis-periódico na área do Direito. Já os objetivos específicos foram: analisar a distribuição dos periódicos nos estratos de classificação Qualis e fornecer subsídios para refletir sobre as licenças e a questão do livre acesso e compartilhamento da informação. A pesquisa foi exploratória descritiva com abordagem quantitativa dos dados. Para o desenvolvimento da pesquisa fez-se inicialmente um estudo teórico sobre a questão da importância da pesquisa e sua divulgação, a participação popular na definição dos critérios para a elaboração do qualis, o estudo dos critérios qualis da área do Direito. A seguir, fizemos uma pesquisa documental no sucupira, analisando as revistas qualis A1, A2, B1 e B2 da área do direito Destaca-se que para este relato usamos a classificação do qualis 2013 a 2016 pois até o mês de julho de 2020 ainda não havia sido publicado o novo qualis que altera a classificação. Havia apenas uma deliberação da Capes no mês de julho de 2020 que o modelo do Qualis-Referência se faria por uma classificação única de cada periódico atribuída por uma área-mãe. Ao analisar os periódicos do quadriênio 2013-2016, na área do Direito percebemos que há uma exigência de aprovação do comitê de ética para as pesquisas empíricas. As revistas, ao cadastrarem autor e co autores, em geral exigem o link do lattes, mas já está sendo cada vez mais frequente o pedido do Orcid. Quanto ao número máximo de autores, periódicos com um qualis mais elevado (A1 e A2) em geral, limitam o número a no máximo 3 autores, mas esta não é uma regra. Já no que se refere a exigência mínima de titulação dos autores, as revistas A1 e A2, em sua maioria, tem em suas publicações doutores. Conclui-se que a reflexão sobre a temática do qualis na área do Direito é um dos fatores influenciadores dos rumos da pesquisa jurídica no Brasil.

DIREITO A EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: POLÍTICAS PÚBLICAS E PRÁTICAS INSTITUCIONAIS INSPIRADORAS NO ENSINO PÚBLICO FUNDAMENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

RAQUEL ROSAN CHRISTINO GITAHY
CLAUDIA PRIMOLAN DE REZENDE DORIA

Segundo a Constituição Federal do Brasil a Educação é Direito Social de todos e dever do Estado e da Família. Diante de tal fato, emergiu a seguinte questão: Com o ensino remoto, decorrente da necessidade do isolamento físico, como ocorreram as práticas de ensino na rede pública do Estado de São Paulo? A fim de responder a questão de pesquisa, a presente pesquisa teve como objetivo refletir sobre práticas inspiradoras relatadas na rede social em busca do cumprimento do dever do Estado de São Paulo pela oferta de ensino em tempos de pandemia. Para o desenvolvimento utilizamos a pesquisa bibliográfica e documental, com cunho qualitativo. A pesquisa documental baseou-se em uma busca em sites a fim de compreender a situação vivenciada pelos docentes e estudantes para a realização do ensino durante a pandemia do coronavírus, Esta pesquisa é financiada pelo Programa PIBIC_CNPQ, sendo aprovada pelo Comitê Assessor de Pesquisa Institucional da Unoeste, sob o protocolo 6125. Iniciamos a busca de políticas públicas até chegarmos a práticas institucionais de escolas, organizações não governamentais, dentre outras. Nas políticas públicas realizadas pelo estado de São Paulo, destacamos a criação do Centro de Mídias da Educação de SP, que é uma plataforma digital que contem aulas ao vivo, gravadas e outros materiais pedagógicos. Além do Centro de Mídias do Estado de São Paulo, a Secretaria da Educação do Estado de São Paulo (SEDUC) em uma parceria com a TV Cultura, criou o canal Educação onde todos os conteúdos da grade curricular de cada série foram transformados em programas da TV. O acesso ainda pode ser feito pelos canais da TV aberta: TV Educação e TV Univesp. A política pública de acesso ao processo educativo também contém a distribuição de conteúdo impresso. Ademais das políticas públicas, também verificamos ações de escolas como a campanha da EMEF Clemente Pastore, que por meio da rede social - Instagram, vem arrecadando celulares e doando para os estudantes. Outro exemplo vem da união de dez entidades que criaram a campanha #aplaudaumprofessor, disponível no site <https://www.aplaudaumprofessor.com/> Concluimos que a pandemia exigiu o ensino remoto e a presente pesquisa relata a busca da superação de obstáculos e ações de continuidade do processo educativo. Órgão de fomento financiador da pesquisa: PIBIC-Programa de Bolsas de iniciação científica CNPQ-UNOESTE

DIREITO À EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: ESTRATÉGIAS PARA SUPERAR OBSTÁCULOS
SEGUNDO UMA ANÁLISE SOCIAL A PARTIR DE PODCAST

RAQUEL ROSAN CHRISTINO GITAHY
GLAUCIA APARECIDA ROSA CINTRA
LUIS HENRIQUE RAMOS ALVES
LETICIA RODRIGUES BIASSOTI

No ano de 2020 a pandemia causada pelo vírus SARS-COV 2 infectou pessoas, exigindo medidas de controle que causaram transformações e consequências sociais, políticas, econômicas e também educacionais. Na educação presencial, a fim de garantir o distanciamento social, fator essencial para a não contaminação, houve a transformação para o ensino remoto. Tendo em vista a necessidade de adotar a modalidade de ensino remota, a presente pesquisa teve como objetivo verificar as estratégias e instrumentos utilizados como forma de garantir o direito à educação em tempos de Covid-19 a partir da visão de atores sociais expressas em Podcast, norteada pela seguinte pergunta de pesquisa: quais estratégias foram usadas, segundo a visão de atores sociais, expressa por meio de Podcasts, para que o direito à educação por meio de aulas remotas fosse garantido? Para responder à questão, usou-se a abordagem qualitativa, com a coleta de dados realizada por meio da pesquisa bibliográfica e documental. Na pesquisa bibliográfica utilizamos livros, teses, dissertações e artigos de revistas qualis. A pesquisa documental foi baseada nos Podcasts disponibilizados na plataforma Spotify Studios, feitos por jornalistas, membros da sociedade civil, bem como, especialistas em educação sobre a temática: Educação em tempos de Pandemia. A pesquisa foi cadastrada e aprovada pelo Comitê Assessor de Pesquisa Institucional (CAPI) da Universidade do Oeste Paulista, sob o protocolo 6199, fazendo parte do Programa Especial de Iniciação Científica. Os resultados evidenciaram que a compreensão do ambiente de aprendizagem ficou ampliada, compreendendo que este pode ser um ambiente virtual, criado para este fim, como o Google Classroom, ou até mesmo uma rede social, que se transforma em rede educativa. Há relatos, por exemplo, do uso do WhatsApp como ambiente de aprendizagem. Salientou-se também políticas públicas para a criação de centros de mídias com a transmissão de aulas ao vivo interativas para sanar as dúvidas dos estudantes. O ensino remoto fez com que os docentes buscassem a criação de estratégias inovadoras de ensino. Pelos relatos dos podcasts pode-se concluir que neste momento de distanciamento social, professores e estudantes, escola e pais, demonstraram superação e resiliência para o enfrentamento do problema. Do caos conseguimos extrair o novo, um reinventar para que o Direito a Educação continuasse acontecendo.

EDUCAÇÃO ABERTA E O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE EM UMA SOCIEDADE CAPITALISTA: UM ESTUDO DOCUMENTAL NAS REDES SOCIAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

RAQUEL ROSAN CHRISTINO GITAHY
ANA LETICIA FERNANDES ABRASCIO
LAYZA PERES SOUZA
RAPHAELLA NERI BONFIM
TAISLEY ALVES DA SILVA
LARISSA ROBERTA TROMBETA

O surto de casos de coronavírus (Covid-19) em escala mundial atingiu o status de pandemia. Por tratar-se de um vírus altamente contagioso, governos mundo afora implantaram medidas de contenção cada vez mais restritivas, atingindo o auge com a adoção do isolamento social, buscando frear o surgimento de novos casos e evitar o iminente colapso dos respectivos sistemas de saúde. No Brasil não foi diferente. Tal medida de isolamento não contraria o art 5º, XV da Constituição Federal que prevê: "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens", pois o Direito não pode ser entendido de maneira absoluta, sendo que em tempos de pandemia temos que compreender tal artigo convivendo com outras leis, posteriormente editadas, como a lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. O objetivo da pesquisa foi analisar como a sociedade, por meio da educação aberta nas redes sociais, está refletindo e expondo seu posicionamento sobre o isolamento social e o Direito a saúde em uma sociedade capitalista em tempos de Pandemia. A abordagem da pesquisa foi qualitativa, no contexto das redes sociais Twitter e Instagram, com a análise de postagens sobre o tema Covid 19 e o Direito a Saúde. A pesquisa foi aprovada na modalidade Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica de Ensino Médio, recebendo financiamento do CNPQ. Os resultados de postagens nas redes sociais evidenciaram uma preocupação com o Direito a saúde para todos. No Twitter ressaltou-se que a saúde seria um dos direitos mais básicos. No Instagram encontramos reflexões sobre as relações entre o Direito à saúde e a Economia. Foi notória a preocupação, exposta pela sociedade nas redes sociais, sobre os impactos da quarentena nas formas de sustento de grande parcela do corpo social. Mas se a preocupação com a economia é válida, não podemos nos esquecer que a saúde é um direito fundamental, salvaguardado em nossa Constituição Federal no artigo 196, que igualmente dispõe ser dever do Estado garanti-la, com acesso universal e igualitário. Conclui-se que a lei e a doutrina caminham em sentido único, ou seja, de preservação do Direito à vida, ainda que isto custe ao Estado um ônus econômico, mas que tem cunho e viés social. Órgão de fomento financiador da pesquisa: PIBIC-EM/CNPq/UNOESTE

MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FUNDIÁRIOS INDÍGENAS

PRISCILA VANDREA CAMARGO DUARTE
JOSÉ RICARDO SUTER
FABIANA POLICAN CIENA

O Estado tem por meio da norma controlar os comportamentos e ações dos indivíduos na sociedade, sendo utilizada de forma coercitiva para que os sujeitos que não a cumpriam sejam punidos. Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário, na figura do juiz, decidir os litígios e emitir as devidas sentenças. Neste cenário, a mediação é ingressada como uma importante ferramenta nas tratativas das demandas existentes em relação as discussões de terras e o índio, fazendo com que as partes envolvidas se empoderem a resolver seus litígios democraticamente na busca do acesso à justiça e pacificação social. A pesquisa tem como finalidade demonstrar a importância da aplicação da mediação na resolução de conflitos fundiários envolvendo os indígenas, podendo inclusive, ser uma solução alternativa ao ingresso ao Poder judiciário pelos litigantes. A metodologia utilizada na pesquisa é de natureza hipotética dedutiva por meio de estudos exploratórios na doutrina, legislação e jurisprudência, com fundamento na Constituição Federal de 1988, o Estatuto dos Índios (Lei nº 6.001/73), o Código Civil, de 1916 e 2002, a Lei nº 13.105/2015 - Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/2015 - Lei de Mediação. A mudança da cultura do contencioso para a cultura do diálogo, da comunicação, faz-se necessária, pois a sociedade brasileira está arraigada na cultura do litígio no tocante a resolução de suas demandas e acredita que o Poder Judiciário vai resolver todas as suas demandas. Dessa forma, a utilização do diálogo cooperativo na solução de divergências, conduz a paz social e o acesso à justiça, garantindo os preceitos constitucionais, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana. O conflito de terras no Brasil é marcado historicamente pelas disputas por sua posse, diante deste cenário de desigualdades, faz-se necessário o uso do diálogo para se buscar a pacificação, proveniente de uma atitude propositiva, proporcionando as soluções dos conflitos de forma justa e efetiva tão clamada pelo estado democrático. Sabe-se que as demandas levadas aos tribunais deste país são de grande monta, fazendo que as respostas aos jurisdicionados se tornem mais morosas. Desta maneira, a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos pode contribuir nas tratativas dos conflitos existentes nos fóruns. Por meio da pesquisa observou-se que a mediação é um importante mecanismo de pacificação e solução de controvérsias em quase todas as áreas do direito, notadamente àquelas envolvendo conflitos fundiários indígenas. Sendo considerada um instrumento capaz de empoderar os indígenas, tornando-os protagonistas e dessa forma, protegerem de forma mais eficaz seus territórios. Órgão de fomento financiador da pesquisa: Pesquisa Produtividade da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos (FAESO)

O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS POR MEIO DA MEDIAÇÃO

ANGÉLICA A. SIMÃO
JOSÉ RICARDO SUTER

Esta pesquisa pretende analisar o instituto da mediação e o direito das famílias, bem como, demonstrar a importância de sua aplicação na solução de conflitos desta natureza. A legislação possibilita o acesso ao processo de mediação, como método para obtenção efetiva de resolução de conflitos, este, meio alternativo de pacificação social, é método eficiente, pois, além de colocar fim ao problema, torna a resolução mais célere, econômica e menos desgastante para os envolvidos em comparação ao judiciário. Assim, o objetivo deste será elucidar a possibilidade da utilização de meios alternativos e necessário para resolver conflitos, em especial a mediação, na busca do uso desta como meio para, além da resolução, ser um instrumento real de acesso à justiça, trazendo à tona o princípio da isonomia e equidade. Como pano de fundo, pautar-se-á nesta diligência, o embasamento da doutrina acerca da mediação, e como esta poderá auxiliar na resolução de conflitos e acesso à justiça. A metodologia utilizada no presente estudo foi a dedutiva por meio de pesquisa bibliográfica, uma das principais fontes para busca de conhecimento. Desse modo, foram utilizados livros, artigos científicos e sites jurídicos confiáveis que versam sobre o presente tema. Assim sendo, observa-se a necessidade da adoção e da inclusão de meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação, na rotina jurídica brasileira, trazendo não apenas as vantagens já mencionadas ao Poder Judiciário, mas também para os conflitantes. Em consequente, os resultados encontrados no campo fático no direito de família são que, a mediação não se trata apenas de um meio alternativo de resolução de um determinado conflito, mas sim, o meio necessário para a resolução dos conflitos, vez que, vislumbra a resolução consensual de examinada desavença, não produzindo os efeitos impositivos que o judiciário aduz. Por fim, pode-se concluir que o processo de mediação na justiça familiar, torna-se um mecanismo efetivo quanto ao acesso à justiça e a resolução destes conflitos, possibilitando o exercício do direito subjetivo de ação, consagrado em nível constitucional. Órgão de fomento financiador da pesquisa: PIBIC Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos